Die Baugeldverwendungspflicht,
die Gründe ihrer Entstehung und ihre gesetzliche Ausgestaltung.

Ein Beitrag zum Reichsgesetz vom 1. Juni 1909
über die Sicherung der Bauforderungen.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde der Hohen
juristischen Fakultät der Universität zu Rostock

vorgelegt von

Erich Schulz
Referendar.

Referent: Professor Dr. Matthiass.

Glückstadt.
Druck von J. J. Augustin
1912

Die Baugeldverwendungspflicht,
die Gründe ihrer Entstehung und ihre gesetzliche Ausgestaltung.

Ein Beitrag zum Reichsgesetz vom 1. Juni 1909
über die Sicherung der Bauforderungen.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde der Hohen
juristischen Fakultät der Universität zu Rostock

ACAD.
LJUBLJANA
BIBL.

vorgelegt von
Erich Schulz
Referendar.

Referent: Professor Dr. Matthiass.

Glückstadt.
Druck von J. J. Augustin
1912

Meinen Eltern.

Einteilung.

§ 1 Einleitung: Die rechtsphilosophische Grundlage einer Schutzgesetzgebung für die Bauhandwerker 1

I. Teil. Die Gründe der Entstehung.

§ 2 Die Ursachen der Mißstände im Bauwesen 5
§ 3 Der Rechtszustand vor dem Reichsgesetz vom 1. Juni 1909 18

II. Teil. Die Ausgestaltung.

1. Abschnitt. Allgemeines.

§ 4 Vorgeschichte und Inhalt 27
§ 5 Der Geltungsbereich 37

2. Abschnitt. Die vertragliche Grundlage der Verpflichtung.

§ 6 Das Verhältnis zwischen Gesetz und Vertrag 48
§ 7 Die Konstruktion des Baugeldvertrages und sein Tatbestand 61
§ 8 Der Gegenstand der Verwendungspflicht 66
§ 9 Die Baugeldeigenschaft 76

3. Abschnitt. Person und Inhalt der Verwendungspflicht.

§ 10 Die Person des Verwendungspflichtigen 80
§ 11 Wesen und Bestandteile der Verpflichtung 98
§ 12 Der Kreis der „Baugläubiger“ 113
§ 13 Die gesetzmäßigen Ausnahmen der Verwendungspflicht . 137

4. Abschnitt. Die Rechtsfolgen der Pflichtverletzung.

§ 14 Die privatrechtlichen Folgen der Pflichtverletzung . . . 149
§ 15 Die öffentlich-rechtlichen Folgen der Pflichtverletzung . 176
§ 16 Schluß: Der Zusammenhang der Verpflichtung mit den Sicherungsmitteln des Gesetzes 201

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41553625_0039

Literaturverzeichnis.

Abgeordnetenhaus, Verhandlungen, stenogr. Berichte und Drucksachen.
Abraham, Die nicht-valutierte Baugelderhypothek. Monatsschrift für Handelsrecht und Bankwesen 1905, Nr. 7.
Abraham, Gesetz über die Sicherung der Bauforderungen, erläutert 1909.
Affolter, Das verzinsliche Darlehn, Archiv für bürgerliches Recht Bd. 26, S. 1 ff.
Alsberg, Strafbare Verwendung von Baugeld, Blätter für Rechtsanwendung Bd. 74, S. 713 ff..
Archiv für bürgerliches Recht.
Archiv für die zivilistische Praxis.
Archiv für Strafrecht, begründet von Goltdammer.
Bähr, Zur Zessionslehre, Jherings Jahrb. Bd. 1 S. 361.
Bernhard, Monatsschrift: Technik und Wirtschaft, 4. Jahrg. 1911 S. 390.
Biberfeld, Die Sicherung der Bauhandwerker nach dem geltenden Recht und den neuen Gesetzentwürfen. Berlin 1902.
Biermann, Das Sachenrecht des BGB. Berlin 1903, 2. Auflage.
Binding, Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts. 2. Aufl. Leipzig 1902
Blätter für Rechtspflege im Bezirk des Kammergerichts. (Ehrenberg).
v. Blume, Festgabe für Dr. Karl Güterbock, Berlin 1910.
Breit, Einiges zum Baugeldvertrag nach künftigem Recht. Juristische Wochenschrift 1909, S. 349 ff. .
Breit, Nochmals die Pfändbarkeit der Baugeldforderungen, ebenda S. 403 ff. .
Brückmann, Bedeutung und Tragweite des Abtretungsverbots aus § 399 BGB. Blätter für Rechtsanwendung Bd. 71.
Brütt, Abstrakte Forderungen. 1908.
Budde, Das Baugeldgeschäft nach den Vorschriften des Entwurfes eines Gesetzes zur Sicherung der Bauforderungen. Bank-Archiv 1906/07. Jahrg. IV, Nr. 18.
Budde, Die Beschlüsse der Subkommission des Reichstages zu dem Gesetzentwurf über die Sicherung der Bauforderungen. Bank-Archiv 1907/08 Jahrg. VII.
Du Chesne, Zur Frage der Pfändbarkeit des Anspruchs auf Gewährung eines Darlehns. Blätter für Rechtspflege im Bezirk des Kammergerichts 1907 S. 49 ff. .
Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts Bd. 1, Jena 1910.
Crome, System des deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. 2, Recht der Schuldverhältnisse, Tübingen und Leipzig 1902.
Crome, Die partiarischen Rechtsgeschäfte, Freiburg i. B. 1897.
Dechamps, Sind Bauvorschüsse pfändbar, Deutsche Juristenzeitung 1905, S. 903 ff. .
Dernburg, Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts, Leipzig 1860/64.
Dernburg, Der Entwurf eines Reichsgesetzes über die Zwangsvollstreckung, Zeitschrift „Pionier“ 1890 Nr. 19—24; 1891 Nr. 2—4, Jahrg. VI, VII.
Dernburg, Das Bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens Bd. II, 23. Auflage 1906.
Dernburg, Lehrbuch des Preußischen Privatrechts usw. Das Obligationenrecht usw. 5. Auflage 1897.
Drost, Die Sicherung der Bauforderungen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch, insbesondere nach § 648. Dissertation Erlangen 1906.
Eberhardt, Die Spekulation im neuzeitlichen Städtebau. Jena 1907.
Eberhardt, Preisbildung der Bodenwerte. Bericht über den VI. internationalen Wohnungskongreß, Berlin 1903.
Eccius, Verbürgung für eine künftige Schuld und Kreditmandat. Gruchots Beiträge Bd. 46, S. 55—64.
Eck-Leonhard, Vorträge über das Recht des BGB. Bd. 1, 1/2. Auflage Berlin 1903.
Egger, Escher, Reichel, Wieland, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Sachenrecht, Zürich 1909.
Eltzbacher, Die Unterlassungsklage, Berlin 1906.

Endemann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts Bd. 1, 1903, 8. Auflage Bd. 11, 1904 8./9. Auflage.
Eschwege, Privilegiertes Spekulantentum. Ein Beitrag zur Hypothekenbankfrage, Berlin 1899.
Fischer-Henle, Bürgerliches Gesetzbuch vom 18. August 1896, Handausgabe 8. Auflage, München 1909.
Frank, Hecht, Gesetz über die Sicherung der Bauforderungen. Textausgabe mit Einleitung, Anmerkungen und Sachregister. Mannheim und Leipzig 1909.
Frank, „Für die Bauforderungen". Übersicht, Kritik und Gegenentwurf, Hannover 1908.
Freese, Das Vorrecht der Bauhandwerker. Schmoller Jahrb. für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft. 16. Jahrg. 3. Heft 1892 S. 277 ff. .
Freese, Der Schutz der Bauhandwerker 1898.
Freese, Das Pfandrecht der Bauhandwerker, Leipzig 1901.
Freese, Bodenreform! 1907.
Freytag und Haubensack, Reichsgesetz über die Sicherung der Bauforderungen, bearbeitet . . . . Tübingen 1909.
Friedländer, Das Gesetz über die Sicherung der Bauforderungen, Zeitschrift für Rechtpflege in Bayern 1909, S. 291 ff. .
Friedländer, Der Baukapitalsvertrag nach dem in Bayern geltenden Rechte. Seufferts Blätter für Rechtsanwendung 1904, S. 195 ff. .
Foerster-Eccius, Preußisches Privatrecht 7. Aufl. Berlin 1896.
Fuchs, Kommentar zu den grundbuchrechtlichen Normen des Bürgerlichen Gesetzbuches und zur Grundbuchordnung. Berlin 1901—03.
Gaupp-Stein, Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich, 8./9. Auflage 1908.
Gemünd, Bodenfrage und Bodenpolitik in ihrer Bedeutung für das Wohnungswesen der Städte. Berlin 1911.
Gierke, Die Bedeutung des Fahrnisbesitzes für streitiges Recht nach dem BGB. 1897.
Glaser, Empfiehlt sich die Inkraftsetzung von Teil II des Baugläubiger-Schutzgesetzes? Deutsche Juristenzeitung 1909, Sp. 1362 ff. .
Glück, Pandekten Bd. XIX Erlangen 1817.
Goldmann-Lilienthal, Das Bürgerliche Gesetzbuch, systematisch dargestellt. 1. Bd. 2. Aufl. Berlin 1903.
Gruchots Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, begründet von Gruchot.
Hagelberg, Kommentar zum Reichsgesetz über die Sicherung der Bauforderungen. Berlin 1910.
Hagelberg, Reichsgesetz über die Sicherung der Bauforderungen, Textausgabe mit Einleitung usw. Berlin 1909.
Hagelberg, Die Baugeldverwendungspflicht. Deutsche Juristen-Zeitung 1909, Sp. 1199 ff. .
Hanseatische Gerichtszeitung.
Harnier, Das Gesetz über die Sicherung der Bauforderungen. Deutsche Juristenzeitung 1909 Sp. 1307.
Harnier, Das Gesetz über die Sicherung der Bauforderungen, Berlin 1909.
Hillebrand, Gefahren für den Baugeldgeber, Zentralmarkt für Grundstücks- usw. -Verkehr des Berliner Tageblatts zu Nr. 414, 1909.
Hillebrand, Nochmals die gesetzwidrige Verwendung des Baugeldes, ebenda Nr. 459.
Hillig und Hartung, Gesetz über die Sicherung der Bauforderungen, erläutert Leipzig 1911.
Hohenstein, Zur Darlehnslehre nach BGB. 1908.
Höniger, Zum „Vereinbarungsdarlehn", Archiv für bürgerliches Recht. Bd. 33, S. 278 ff. .
Jacobi, Gesetz über die Sicherung der Bauforderungen mit Erläuterungen, München 1910.
Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts. (Johow und Ring).
Janker, Der Entwurf eines Gesetzes über die Sicherung der Bauforderungen, seine geschichtliche Entwickelung und bisherige Kritik, Dissertation Erlangen 1909.
Jherings Jahrbücher für Dogmatik des Bürgerlichen Rechts.
Juristische Wochenschrift.
Juristenzeitung, Deutsche.

Juristische Monatsschrift für Posen, Ost- und Westpreußen.
Juristentag, Verhandlungen des 20. (1889), 24. (1898), 26. (1902).
Kiefe, Zur Frage der Pfändbarkeit der Baugeldforderungen. Juristische Wochenschrift 1909, S. 382.
Kiefe, Nochmals zur Frage der Pfändbarkeit und Abtretbarkeit der Baugeldforderungen. Juristische Wochenschrift 1911, S. 926 ff.
Kohler, Über das Konsensualdarlehn. Archiv für bürgerliches Recht Bd. 2, S. 211 ff.
Kohler, Das Vereinbarungsdarlehn. Ebenda Bd. 33, S. 1 ff.
Kohler, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Berlin 1906.
Kretschmar, Das Reichsgesetz über die Sicherung der Bauforderungen v. 1. VI. 1909, Seufferts Blätter für Rechtsanwendung Bd. 74, S. 621 ff.
Lammfromm, Teilung, Darlehn usw. Leipzig 1897.
v. Landmann, Kommentar zur Gewerbeordnung für das Deutsche Reich. 1. Bd. München 1911.
Lau, Der Unterlassungsanspruch aus §§ 823 ff. BGB. Gruchots Beiträge Bd. 47, S. 497 ff.
v. Liebig, Der Bauschwindel und seine strafrechtliche Bedeutung. Bayerische Zeitschrift für Rechtspflege Bd. 1 1905, S. 145 ff., S. 167 ff.
v. Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 14 15. Auflage Berlin 1905.
Lotmar, Der Arbeitsvertrag nach dem Privatrecht des Deutschen Reichs. 1. Bd. Leipzig 1902, 2. Bd. 1908.
Lübbert, Der Kreditvertrag. Jherings Jahrbücher Bd. 52, S. 313 ff.
Materialien:
1. Entwürfe eines Reichsgesetzes, betreffend die Sicherung der Bauforderungen und eines preußischen Ausführungsgesetzes nebst Begründung. Amtliche Ausgabe. R. v. Deckers Verlag Berlin 1897.
2. Entwürfe eines Reichsgesetzes, betreffend die Sicherung der Bauforderungen nebst Begründung und einer Übersicht der Äußerungen, welche zu dem im Jahre 1897 veröffentlichten Gesetzentwurfe ergangen sind. Amtliche Ausgabe R. v. Deckers Verlag Berlin 1901.
3. Entwurf eines Gesetzes über die Sicherung der Bauforderungen. Drucksachen des Reichstages Nr. 365, 12. Legislatur-Periode. I. Session 1907.
4. Bericht der 13. Kommission zur Vorberatung des Gesetzentwurfes über die Sicherung der Bauforderungen. Drucksachen des Reichstages Nr. 1275, 12. Legislatur-Periode. I. Session 1907/1909.
5. Verhandlungen des Reichstages. Stenographische Berichte, 12. Legislatur-Periode, I. Session 1907 08, Bd. 229, S. 1831 ff.
6. Verhandlungen des Reichstages. Stenographische Berichte, 12. Legislatur-Periode, I. Session, 1908.09. Bd. 236, S. 8235 ff.

Matthiaß, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 5. Auflage Berlin 1910.
Meves, Bodenwerte, Bau- und Bodenpolitik, Freiburg i. B. 1905.
Menzen, Gesetz über das Grundbuchwesen usw. im Geltungsbereich des rheinischen Rechts vom 12. April 1888, 2. Aufl. Kreuznach 1893.
Motive zu dem Entwurfe eines BGB. für das Deutsche Reich 1888.
Mügel, Baugeldverwendung und Baubuch, Gruchots Beiträge Bd. 54, S. 1 ff.
Neumann, Handausgabe des BGB.'s für das Deutsche Reich, 5. Auflage Berlin 1909.
Oertmann, Unterlassungsansprüche aus unerlaubten Handlungen, Deutsche Juristen-Zeitung 1904, S. 616 ff.
Oertmann, Das Pfandvorrecht der Bauhandwerker, Conrads Jahrbücher für Nationalökonomie und Statistik Bd. 60 (1893) S. 87 ff.; S. 266 ff., S. 387 ff.
Oertmann, Bürgerliches Gesetzbuch, Recht der Schuldverhältnisse. 3/4. Auflage Berlin 1910.
Olshausen-Zweigert, Kommentar zum Strafgesetzbuch. Nebst einem Anhang, enthaltend die Strafbestimmungen der Konkursordnung von Zweigert 8. Auflage 1909.
Petersen-Kleinfeller, Konkursordnung für das Deutsche Reich nebst den Einführungsgesetzen usw. Lahr 1904, 4. Auflage.
Planck, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz. Berlin 3. Auflage Bd. 1 1904, Bd. 2 1907, Bd. 3 1905.
Pohlmann, Unsere Stellung zu den Terraingesellschaften. Deutsche Volksstimme, Jahrg. 1906 Nr. 16.
Pont, Commentaire-traité des privilèges et hypothèques. Paris 1868.

Praxis des Reichsgerichts in Zivilsachen, bearbeitet von Bolze.
Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs des BGB. Berlin 1897.
Rheinisches Archiv für Zivil- und Kriminalrecht der kgl. Preußischen Rheinprovinz.
Recht, herausgegeben von Soergel.
Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts, herausgegeben von Mugdan und Falkmann.
Rechtsprechung des deutschen Reichsgerichts in Strafsachen. Herausgegeben von Mitgliedern der Reichsanwaltschaft München-Leipzig.
Rehbein, Das Bürgerliche Gesetzbuch, Berlin 1899.
Regelsberger, Vereinbarungslehre, Archiv für bürgerliches Recht Bd. 33, S. 410 ff.
Reichsgericht, a) Entscheidungen in Zivilsachen,
b) Entscheidungen in Strafsachen.
Reichstag, Verhandlungen, Stenographische Berichte und Drucksachen.
Riezler. Der Werkvertrag nach dem BGB. für das Deutsche Reich, 1900.
Rundschau, Sammlungen von Entscheidungen in Frankfurter Rechtssachen, herausgegeben von der Juristischen Gesellschaft in Frankfurt a. M.
Salomonsohn, Der gesetzliche Schutz der Baugläubiger in den Vereinigten Staaten von Nordamerika, Berlin 1900.
Sammlung der Entscheidungen des bayerischen Obersten Landesgerichts in Zivilsachen.
Schlayer, Beiträge zum römischen Pfandrecht, Archiv für die zivilistische Praxis Bd. 49, S. 78 ff.
Schloßmann, Über den Vorvertrag und die rechtliche Natur der sog. Realkontrakte, Jherings Jahrb. Bd. 45, S. 1 ff.
Schmoller, Zur Geschichte des deutschen Kleingewerbes im 19. Jahrhundert. Halle 1870.
Schneider, Das Reichsgesetz über die Sicherung der Bauforderungen. Erläutert. Nürnberg 1910.
Seuffert's Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte.
Seuffert's Blätter für Rechtsanwendung.
Simon, Das Reichsgesetz über die Sicherung der Bauforderungen. Erläutert Stuttgart, Berlin, Leipzig 1909.
Simonsohn, Der gesetzliche Schutz der Bauhandwerker, Dissertation, Greifswald 1898.
Soergel, Rechtsprechung.
Sombart, Der moderne Kapitalismus, Leipzig 1902.
Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und dem Einführungsgesetze. 5/6. Auflage München-Berlin 1910.
Stepp, Zur Frage der Pfändbarkeit von Bauforderungen. Juristische Wochenschrift 1911, S. 745 ff.
Stenglein's Kommentar zu den strafrechtlichen Nebengesetzen des Deutschen Reiches. 4. Auflage Bd. 1. 1911.
Stier-Somlo, Die neueste Entwickelung des deutschen Gewerbe- und Arbeiterschutzrechts. Nürnberg 1910.
Stintzing, Die Vorverpflichtung im Gebiete der Schuldverhältnisse. 1. Teil 1903.
Warneyer, Jahrbuch der Entscheidungen zum BGB.
v. Wilmowski, Deutsche Reichs-Konkursordnung. 6. Auflage Berlin 1906.
Wienstein, Zur Frage der Abgrenzung des Gebiets der Anweisung. Recht 1906, S. 1418.
Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern.
Zentralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit und Notariat, sowie Zwangsversteigerung. Herausgegeben von Lobe.
Zipse, Die Sicherung der Bauforderungen. Dissertation Heidelberg 1909.

§ 1. Die rechtsphilosophische Grundlage einer Schutzgesetzgebung für die Bauhandwerker.

Zu keiner anderen Zeit und in keinem anderen Lande hat die Gesetzgebung der Lösung sozialer Fragen ihre Aufmerksamkeit in so hohem Grade zugewandt, wie in den letzten Jahrzehnten in Deutschland. Der Grund dieser Erscheinung liegt in der Entwicklung, welche der neuzeitliche Handel, die Industrie und die Technik genommen haben. Ihr schnelles Emporblühen hatte zur Folge, daß die Grundlagen der Lebens-, Erwerbs- und Verkehrsbedingungen verändert wurden.

Von dieser Neugestaltung wurde auch das Baugewerbe betroffen. Die Verhältnisse im neuzeitlichen Städtebau änderten sich derart, daß unter den Handwerkern, Arbeitern und Lieferanten des Baugewerbes eine dauernde wirtschaftliche Notlage einzutreten drohte. Bei der Aufstellung und Durchführung des modernen sozial-politischen Grundsatzes: Schutz den wirtschaftlich Schwachen, Stärkung und Erhaltung des Handwerkerstandes, mußten die offenbaren Mißstände im Baugewerbe schließlich zu einem Eingreifen der Gesetzgebung führen.

Das Ziel dieser Schutzgesetzgebung muß in erster Linie eine Beseitigung der wirtschaftlichen Notlage im Baugewerbe sein. Dieses Bestreben liegt nicht nur im Interesse der Angehörigen des Baugewerbes, vornehmlich des Bauhandwerkerstandes, vor allem auch im Interesse des Staates und der staatserhaltenden Bevölkerung. Sind auch noch andere Umstände, wie das Vordringen des Kapitalismus, der verderbliche Einfluß der sozialistischen Presse, als Ursachen für eine fortschreitende Zersetzung des Handwerkerstandes als selbständiger Klasse anzusehen, so ist hierfür in Bezug auf den Bauhandwerkerstand einer der ernstesten Gründe doch seine wirtschaftliche Notlage. Mit der tatsächlichen Abnahme selbständiger Meister infolge geschäftlichen Unterganges ist die Entfaltung des wirtschaftlich wichtigen Gewerbestandes und die Bedeutung der Handwerkerbevölkerung, von der ein großer Teil dem Baugewerbe angehört, in Frage gestellt. Immer mehr und mehr Existenzen lösen sich aus dem Handwerkerstande, die ihrem Klassenbewußtsein entfremdet werden und in Interessengemeinschaft mit dem Proletariat treten. Die schwerwiegende Folge dieser Erscheinung für das Gesellschaftsleben ist die Verschiebung der gesellschaftlichen Stellung der Handwerkerklasse zu Ungunsten der bürgerlichen Gesellschaft [1]).

[1]) vgl. Sombart, der moderne Kapitalismus, Bd. I, S. 528 ff. .

Dazu treten schwere sozialethische und sozialhygienische Schäden der Gesamtheit, deren Bestehen und Ausbreitung zum großen Teil durch die Methode des großstädtischen Wohnungsbaus zu erklären sind. Dieses Verfahren ist zugleich einer der Gründe für die Mißstände im Baugewerbe. Es hat sich allmählich ein bestimmtes Bausystem entwickelt, bei dem unter Ausnutzung bestehender Rechtsinstitute Bauhandwerker, Bauarbeiter und Lieferanten von Baumaterialien große unverschuldete Verluste erlitten haben und erleiden. Das mehrstöckige Mietshaus ist die charakteristische Erscheinung im modernen Städtebau geworden. Die spekulative und übermäßige Ausnutzung des Bodens nach Breite und Höhe lassen Wohnräume entstehen, in die Licht und Luft in ungenügender Menge eindringen, und die die Bewohner zu ungesunder Lebensweise zwingen. Das gedrängte, haufenweise Zusammenwohnen ist der Sitte und dem Frieden keineswegs förderlich. Eine derartige Gestaltung der Wohnungsverhältnisse führt neben der großen Tuberkulosesterblichkeit zu dem schädlichen Schlafgänger- und Prostitutionswesen. Dazu tritt als weitere Folgeerscheinung der möglichsten Ausnutzung des Bauterrains die Schwierigkeit, freie Spielplätze für die Jugend zu schaffen. Das führt zur Verwilderung der Jugend auf der Straße und zu einer Heranzüchtung des modernen Apachentums mit der im hohen Grade zunehmenden Kriminalistik der Jugendlichen. Auch das stete Herabgehen der Wehrfähigkeitsziffer in dem städtischen Bevölkerungsnachwuchs ist nicht zum geringsten Teil auf die Ausbreitung der Mietskaserne zurückzuführen. Daneben ist die Bauart in wirtschaftlicher Beziehung auch deshalb nicht von Vorteil, weil die Errichtung der mehrstöckigen Wohnhäuser mit ihren geschmacklosen äußeren und inneren Verzierungen die Herstellungskosten der Bauten erhöht, dadurch die Mieten erfahrungsgemäß steigert und zugleich den Städten ein einförmiges und unschönes Aussehen verleiht.

Keineswegs kann jedoch durch eine Gesetzgebung zum Schutze der Bauhandwerker eine Beseitigung dieser Folgen, welche die Entwickelung der städtischen Bauweise teils mittel-, teils unmittelbar mit bedingt hat, erreicht werden. Es muß auch zugegeben werden, daß eine Veränderung in der städtischen Bauweise nicht durch ein Schutzrecht zu Gunsten der Bauhandwerker herbeigeführt werden wird. Da dieses in erster Linie eine Abhülfe gegen die Notlage des Bauhandwerkerstandes sein soll, sind der Schutzgesetzgebung mit dieser vorwiegenden Aufgabe zugleich die Grenzen ihrer Wirkung gesetzt. Es kann damit aber auch nicht ihr Ziel sein, den an der Herstellung von Bauten beteiligten Handwerkern, Arbeitern und Lieferanten eine sichere Gewähr gegen geschäftliche Einbuße zu schaffen. Denn es kann auch ihnen nicht eine gewisse Gefahr erspart werden, die in allen Gewerbezweigen besteht und der jeder Gewerbetreibende mehr oder weniger unterworfen ist. Neben dem gesetzlichen Schutze muß von ihnen verlangt werden, daß sie nach Möglichkeit sich selbst gegen Benachteiligung durch unlauteres Geschäftsgebaren zu schützen und ihren Verlust auf das gewöhnliche Maß zu beschränken suchen. Bei Übernahme von Arbeiten dürfen sie es nicht an der erforderlichen Umsicht fehlen lassen. Ist ihnen die

Kreditunwürdigkeit von Leuten bekannt, so darf auch die Hoffnung, daß das Unternehmen einen glücklichen Verlauf nehmen werde und sie ihre mit Rücksicht auf den voraussehbaren teilweisen Verlust ihrer Forderungen hochgesetzten Preise einheimsen werden, sie nicht zum Abschluß von unsicheren Geschäften veranlassen. Neben der Ausbildung ihrer persönlichen Tatkraft und Vorsicht muß die Anpassung an die veränderten Wirtschaftsbedingungen treten. Es muß ihre Aufgabe sein, sich gegenüber den immer mehr und mehr aufkommenden großkapitalistischen Betrieben konkurrenzfähig zu erhalten und den hohen wirtschaftlichen und technischen Anforderungen, die an die Produktion gestellt werden, gerecht zu werden. Ein Gewerbestand, der, anstatt sich den Bedingungen der Zeit mit geeigneten Waffen anzupassen, von dem Staat verlangt, daß er ihm beispringe und sein Unvermögen ausgleiche, wird mit Recht im Wettbewerb des wirtschaftlichen Lebens unterliegen.

Die Mittel, um diesen Forderungen des veränderten Wirtschaftslebens nachzukommen, sind mannigfacher Art. Die bessere Ausbildung in den gewerblichen Fortbildungsschulen, die Erlangung der Fähigkeit zu einer in höherem Maße wie bisher einzurichtenden kaufmännischen Geschäftsführung wird den Bauhandwerkern die Möglichkeit geben, sich vor der Beteiligung an Bauten bei der Prüfung ihrer finanziellen Grundlage über die zahlungsmäßigen Belege Klarheit zu verschaffen. Die Benutzung der Auskunfteien und Rechtsauskunftstellen wird sie in die Lage versetzen, die Machenschaften der Grundstücksverkäufer, Bauunternehmer und Makler dauernd, vor dem Beginn und während des Baues, zu verstehen und ihnen vorzubeugen. Da zudem die Fertigstellung und Verwertung des Baues im Interesse aller bei der Herstellung beteiligten Handwerker, Arbeiter und Lieferanten liegt, ist diese natürliche Gemeinschaft auf Gedeih und Verderb ein Grund zum engen korporativen Zusammenschluß der einzelnen Erwerbsstände. Dadurch würde es möglich sein, der dem einzelnen überlegenen Kapitalmacht wirksam zu begegnen, dem drückenden Angebot durch Aufstellung niedrigster Sätze entgegenzuarbeiten und so der Ausbeutung der kleinen Geschäftsbetriebe und Arbeitskräfte einen Damm entgegenzustellen. Durch Bildung von Einziehungsgenossenschaften könnte dem Borg- und Kreditunwesen besser gesteuert und durch das gemeinsame Vorgehen schließlich das Ergebnis der vereinten Arbeit zu Gunsten aller gesichert werden. Derartigen lediglich wirtschaftlichen Genossenschaftsbestrebungen staatliche Hilfe zuteil werden zu lassen, die ohne Bevormundung dem Handwerker und Arbeiter die notwendige Initiative lassen muß, wird ein weiteres Mittel sein, den Verlusten der Baugewerbetreibenden vorzubeugen. Werden aber trotz aller angewandten Vorsicht und trotz Anpassung an die veränderten Wirtschaftsbedingungen infolge gewisser durch das Zivil- und Strafrecht schwer faßbarer Kunstgriffe und Vorspiegelungen die an der Herstellung von Bauten Beteiligten in ungewöhnlichem Maße geschädigt, so werden die Gründe der Schädigung nicht allein in den wirtschaftlichen Verhältnissen, die eine Kreditierung der Bauforderungen erzwingen, sondern vor allem auch in dem

bestehenden Rechtszustand zu suchen sein, der gegen unerlaubte Machenschaften keinen ausreichenden Rechtsschutz gewährt. Nur bei einem derartigen, den veränderten Wirtschaftsverhältnissen nicht genügend angepaßten und deshalb unzureichenden Zustande des deutschen Bodenrechts wird der Staat, als die über den wirtschaftlichen Parteien stehende Macht, unter gerechter Berücksichtigung entgegenstehender berechtigter Interessen, dem einzelnen Hilfe bringen müssen, um ihn in den Stand zu setzen, sich in ausreichender Weise zu sichern.

I. Teil:
Die Gründe der Entstehung.

§ 2. Die Ursachen der Mißstände im Bauwesen.[1])

Die Notlage der Angehörigen des Baugewerbes ist das Ergebnis wirtschaftlicher und rechtlicher Gründe.

Noch bis Mitte des vorigen Jahrhunderts baute in der überwiegenden Mehrzahl der Fälle der Eigentümer einer Baustelle für eigenen Bedarf. Er wollte das Haus selbst bewohnen oder gewerblich oder landwirtschaftlich benutzen. Da er selbst der Bauherr und Unternehmer war, kaufte er das erforderliche Baumaterial auf eigene Rechnung und dingte selbst die Handwerker, Meister und Gesellen. Für dieses Arbeitsverhältnis war die Stellung des Meisters als des Werbers und Beaufsichtigers der Arbeitskräfte bezeichnend. Die Fortentwicklung in der Bauweise bestand in der Auflösung dieses unmittelbaren Verhältnisses zwischen Gesellen und Eigentümer der Baustelle[2]). Die Ausführung und Leitung des ganzen Baues wird einem Unternehmer übertragen, der selbständiger Bauhandwerksmeister oder der Inhaber eines Baugeschäftes oder dergleichen ist. Dieses Eintreten einer sachkundigen Mittelsperson hat seinen Grund darin, daß nicht mehr einfach und schablonenmäßig nach typischen Plänen der Aufbau der Häuser erfolgt. Die veränderten Lebensbedingungen erfordern größere und kompliziertere Bauten und damit wachsen die technischen Schwierigkeiten der Herstellung. Der Unternehmer verfügt über die erforderlichen Kenntnisse, stellt einen Voranschlag der Baukosten auf, für die er den Bau im eigenen Namen und für eigene Rechnung mit fremdem, hypothekarisch gesicherten Baugelde aufführen will, stellt die in sein Fach als Handwerker einschlägigen Arbeiten selbst her, vergibt die übrigen Arbeiten sachgemäß an die einzelnen Handwerksmeister und schließt die erforderlichen Lieferungsverträge ab. Soweit einfache, nicht handwerksmäßige Arbeiten erforderlich sind, zieht er Lohnarbeiter heran.

---

[1]) vgl. Drucks. des Reichstags 1907 Nr. 365, S. 10 ff.: Oertmann, Conrads Jahrb. Bd. 60, S. 87 ff.; Freese, Schmollers Jahrb. Bd. XVI, S. 277 ff. 3. Heft; Freese, Das Pfandrecht der Bauhandwerker 1901, S. 1 ff.; Dernburg, Ztschr. „Pionier" 1890, Nr. 19, Nr. 21; 1891 Nr. 2—4; Hagelberg, Kommentar z. RG. über die Sicherung der Bauforderungen S. 1 ff.; Simon, Das RG. über die Sicherung der Bauforderungen S. 11. Hillig S. 1 ff.

[2]) vgl. Sombart, Der moderne Kapitalismus Bd. 1, S. 462, 463. Schmoller, Zur Geschichte des deutschen Kleingewerbes im 19. Jahrhundert, Halle 1870. S. 386 ff.; Simonsohn, S. 47; Zipse S. 5—6.

Die wirtschaftliche Lage hat sich jetzt zu Ungunsten der Handwerker und der sonstigen an der Errichtung des Baues Beteiligten verschoben. Diese haben es mit einer Gegenpartei zu tun, die das größte Interesse daran hat, den Wettbewerb der Handwerker und Lieferanten möglichst zu verschärfen und auszunutzen, um dadurch den eigenen Gewinn zu vermehren. Dazu bedient sich der Unternehmer als überaus wirksames Mittel des Submissionsverfahrens. Er überträgt nicht mehr einem geprüften Meister oder einer Firma die einzelnen Arbeiten und Lieferungen, sondern fordert die Gesamtheit der Handwerker und Kaufleute auf, Höchstgebote für die Uebernahme der betreffenden Leistungen zu machen. So erreicht es der Unternehmer, daß unerfahrene Handwerker oder solche, die augenblicklich für ihre Arbeiter keine ausreichende Beschäftigung haben, junge Meister, die sich bekannt machen und einführen wollen, für einen Preis, der keinen Gewinn mehr verspricht, die Ausführung der ausgeschriebenen Arbeiten übernehmen und die Lieferanten sich unterbieten, um auf jeden Fall den Zuschlag zu erhalten.

Dieses Eintreten der Mittelsperson des Unternehmers zwischen Baugrundeigentümer und Handwerker ist in rechtlicher Beziehung von großer Bedeutung für die am Bau Beteiligten. Dadurch treten diese lediglich mit dem Unternehmer in ein schuldrechtliches Verhältnis, während vertragliche Rechte und Pflichten zwischen ihnen und dem Grundeigentümer oder Bauherrn auf dessen Grund und Boden oder für dessen Interesse der Bau ausgeführt wird, nicht erzeugt werden. Das hat für die an der Errichtung des Baues Beteiligten zur Folge, daß bei einer Vorleistung von ihrer Seite zwar ihre Arbeiten den Wert des Grundstücks erhöhen, sie aber trotz dessen Werterhöhung nach den allgemeinen Rechtsgrundsätzen nicht zu ihrer Befriedigung das Grundstück, den Grundstückseigentümer oder den vermögenden Bauherrn in Anspruch nehmen können.

Zugleich mit dieser Entwicklung vollzog sich das Auseinanderfallen der Zünfte. Die althergebrachten Organisationen der Handwerker erhielten sich nur bis gegen Mitte des vorigen Jahrhunderts. Ihre Auflösung hatte zur Folge, daß die einzelnen Handwerker gegeneinander in schärfere Konkurrenz traten, um Arbeit und Lohn zu erhalten. Dabei ist es natürlich, daß sie Verträge mit Unternehmern abschließen, die wegen ihres Rufes und ihrer Zahlungsunfähigkeit nicht kreditwürdig sind. Dieser Wettbewerb unter den Handwerkern hat auch auf die Preishöhe ihrer Forderungen Einfluß [1]). Zudem wirft die Ausdehnung und Vollendung der industriellen Erzeugung eine große Menge Waren auf den Markt, die jetzt fertig von dem Bauherrn gekauft werden, während sie vordem besonders für den einzelnen Bau hergestellt werden mußten. Dadurch wird in hohem Maße der Bauhandwerkerstand in seinem Erwerbe geschmälert, zumal auch die von den Lieferanten zum Einbauen fertig gestellten Arbeiten durch sogenannte Anbringer, abhängige Angestellte der großen Firmen, eingefügt werden, so daß die

---

[1]) vgl. Sombart, a. a. O. S. 494 ff.; Freese, Der Schutz der Bauhandwerker 1898, S. 22.

Tätigkeit der selbständigen Handwerker auch insoweit entbehrlich wird. Dieses Ausschalten der Handwerker beruht teils auf dem Bestreben nach möglichster Beschleunigung der Bauherstellung, teils auf der Gleichförmigkeit der Bauweise.

Liegen auch hierin Gründe für eine schlechter werdende Geschäftslage der Bauhandwerker, so wird das gesamte Baugewerbe durch eine andere Erscheinung in weit höherem Maße gefährdet, in der auch vorwiegend der Grund für die Notlage im Baugewerbestand gesehen wird: das ist die Entwicklung und die schließlich vollständige Herrschaft der Spekulation auf allen Gebieten des Wohnungswesens [1]).

Das Entstehen des Spekulationsbaues, d. h. des nicht mehr auf Bestellung, sondern als Ware für den Markt hergestellten Baues, beruht auf der mächtig aufsteigenden wirtschaftlichen Entwicklung der Städte, die sich in Deutschland vornehmlich seit dem glücklichen Ausgang des deutsch-französischen Krieges vollzog. Die beträchtliche Volkszunahme, der nachhaltige Zug der Jugend vom flachen Lande in die Städte, die Entstehung von Fabriken mit ihren Lohnarbeitermassen, die Gelegenheit zu den mannigfaltigsten Arbeiten, hervorgerufen durch die hochgesteigerten Bedürfnisse der städtischen Wohlhabenheit, das Empfinden des Wertes der persönlichen Freiheit, das die Zugehörigkeit zu einer großen, durch gemeinsame Interessen verbündeten Masse erzeugt, nicht zum wenigsten die sich entwickelnden bequemen Verkehrswege des Landes lassen das Anwachsen der Bevölkerung in den Städten erklären [2]). Der hierdurch hervorgerufenen Wohnungsnachfrage sucht eine erhöhte Bautätigkeit zu genügen, die zum Zweck der Befriedigung dieses wirschaftlich notwendigen Bedürfnisses ein eigenartiges System des Hausbaues bevorzugt. Dieses zeigt sich außer in den schnell anwachsenden mittleren und größeren Städten und ihren Vorstädten auch überall da, wo aus wirtschaftlichen oder hygienischen Gründen ein verstärkter Zuzug von Personen erfolgt oder zu erwarten steht, wie in Bädern, Sommerfrischen, Villenkolonien. Dagegen bleibt die Erscheinung des Spekulationsbaues dem flachen Lande und den kleinen Städten fast gänzlich fremd. Daraus geht hervor, daß das Bestehen eines wirtschaftlichen Bedürfnisses und dessen Ausnutzung für die kalkulatorische Tätigkeit des spekulativen Unternehmens im Häuserbau die notwendige Voraussetzung ist.

Eine Hauptursache der Verluste der Angehörigen des Baugewerbes liegt in diesem Eindringen von spekulativen Wirtschaftssubjekten in das Bauwesen. Ihre Tätigkeit erstreckt sich bereits auf die Bereitstellung und Aufteilung des Baulandes, dann aber auch auf die Wohnungsproduktion, auf die Bauweise und die Hausform, so daß der Verkehr in Bodenwerten und die Gestaltung des Städtebaues vorwiegend der Spekulation übertragen ist. Die Eigenart dieser marktmäßigen Häuserproduktion ist, daß sie fast stets in unmittelbarem Zusammenhange mit der Baugrundspekulation steht,

[1]) vgl. Eberhardt, Die Spekulation im neuzeitlichen Städtebau, 1907, S. 1 ff.
[2]) vgl. Sombart, a. a. O. Bd. II, S. 228 ff.; Gemünd, Bodenfrage und Bodenpolitik S. 168 ff.

d. h. einen Gewinn nicht nur aus der Bautätigkeit allein, sondern gleichzeitig aus der Verwertung zu Spekulationszwecken erworbener Grundstücke erstrebt[1]). Durch dieses gemeinsame Arbeiten der Boden- und Bauspekulanten erreichen die Werte von Grund und Boden in sprungweiser Steigerung außerordentliche Höhen[2]). Die Folge ist, daß der Preis für die Baustellen beim Verkauf nicht bar gezahlt werden kann, sondern zum größten Teil hypothekarisch gesichert wird. Dadurch wird schon vor Beginn des Baues eine große Schuldenlast auf das Baugrundstück gehäuft und das bare Vermögen des Bauunternehmers durch die Anzahlung auf das Kaufgeld erschöpft. Diese Preissteigernng der Bodenwerte kann jedoch nicht als etwas Natürliches, das durch Angebot und Nachfrage hervorgerufen ist, angesehen werden, sondern beruht zum größten Teil auf künstlichen Machenschaften. Bei dem schnellen Wachsen der Bevölkerung mußte eine Ausdehnung der Stadt nach ihrer Peripherie hin erfolgen. Die ursprünglichen Besitzer dieser Ländereien an der Stadtgrenze waren oft Leute ohne Geschäftsgewandtheit und ohne Blick für die voraussichtliche Bedeutung ihres Besitzes. Daher konnten ihre Äcker und Wiesen von Spekulanten oder Terraingesellschaften für einen mäßigen Preis aufgekauft werden.

Das zu Spekulationszwecken erworbene Land wird nicht sogleich zur Bebauung genommen. Die erste „Tätigkeit" der Spekulanten trotz Vorliegens eines Bedürfnisses besteht in dem dauernden Zurückhalten des zukünftigen Baustellenlandes vom Markte, um die Grundstückspreise immer mehr zu steigern. Dehnt sich die Stadt bis zum angekauften Gelände aus, so wird die Gemeinde um einen Bebauungsplan ersucht, der den Lauf der Straßen, die Lage der Plätze, die Kanalisation usw. vorschreibt. Nach dem Ortsgebrauch muß meist das Terrain für die Straßen- und Platzanlage von den Bodenspekulanten ohne Entschädigung abgegeben werden. Hierauf werden die Kanalisations-, Pflasterungs- und sonstigen Arbeiten von der Gemeinde ausgeführt und die entstandenen Kosten auf den Eigentümer umgelegt, oder dieser läßt auf eigene Rechnung die Arbeiten ausführen. Darauf erfolgt die Einteilung des Baugrundes in Bauplätze auf beiden Seiten der neugeschaffenen Straßen, wodurch wiederum Abschreibungen im Grundbuch, Neuregelung und Verteilung der Belastungen erforderlich sind.

Diese Parzellierungstätigkeit der Bodenspekulanten bedarf langer Zeit und bringt viele Unkosten und jahrelange Zinsverluste mit sich. Dazu erfüllen sie eine volkswirtschaftlich wichtige und notwendige Aufgabe. Sie legen die Grundstücke, die vielleicht in vielen

---

[1]) vgl. Sombart a. a. O. Bd. I, S. 491.

[2]) vgl. Eberhardt a. a. O. und Preisbildung der Bodenwerte. Bericht über den VI. internationalen Wohnungskongreß, Berlin 1903; W. Meves, Bodenwerte, Bau- und Bodenpolitik, Freiburg i. B. 1905, S. 49 ff.; Urteil des RG. v. 3. XI. 1899 (Entsch. i. Zivils. Bd. 45, S. 1), aus dem sich ergibt, daß nach der Behauptung der Nordöstlichen Baugewerbs-Berufsgenossenschaft bei einer Reihe von einer Terraingesellschaft mit der Verpflichtung, ein Gebäude zu errichten, bewirkten Verkäufen der Kaufpreis den wahren Wert um 3/7 überstiegen hat. In sämtlichen Fällen hat die Verkäuferin die Grundstücke im Wege der Zwangsversteigerung wieder erworben.

Händen zersplittert waren und eine für die Bebauung möglicherweise ganz ungeeignete geometrische Form hatten, zusammen, teilen sie in geeignete Parzellen und machen das Terrain damit überhaupt erst bebauungsfähig. Die Herstellungskosten der Bauplätze und die Gefahr des Fehlschlagens der Spekulation würden sie von allen diesen Maßnahmen abhalten, wenn ihnen nicht ein entsprechender Unternehmergewinn in Aussicht stände[1]) Insoweit besteht eine Berechtigung für eine Erhöhung des Bodenwertes. „Die Erschließung des Bauterrains ist eine wirtschaftliche Notwendigkeit, nicht aber, daß sie in der heutigen Form geschieht“[2]). Es treten zwischen Produzenten der Baustelle und den Bauherrn oft noch eine Reihe anderer Personen, die Zwischenhändler, die das parzellierte Terrain lediglich in der Absicht erwerben, um es über kurz oder lang ohne Aufwand von Unkosten oder Arbeit mit Gewinn weiter zu veräußern. Ihr Eingreifen bringt eine weitere Verteuerung der Baustellen mit sich.

Hält nun der Eigentümer des Bauterrains die Zeit für die Bebauung für günstig, so versucht er die produktive Verwertung des Baugrundkapitals selten durch Bebauung in eigener Regie. Er setzt sich vielmehr mit einem Bauunternehmer in Verbindung, der die Baustelle erwirbt und im eigenen Namen für eigene Rechnung den Bau ausführt. Zunächst regt er die Bautätigkeit an, indem er die am Rande seines Geländes gelegenen, rings von freiem Felde umgebenen Baustellen für einen mäßigen Preis an den Bauunternehmer verkauft, den er unter Umständen sogar noch stundet. Nötigenfalls schießt er auch noch die Kosten für den Bau teilweise vor. Er geht auf jeden Fall sicher, da der ganze oder ein Teil des Kaufpreises und das Baugelddarlehn hypothekarisch gesichert werden.[3]) Als einzige Bedingung für dieses kulante Vorgehen des Spekulanten muß der Käufer die Verpflichtung übernehmen, dort alsbald ein mehrstöckiges Wohnhaus zu errichten. Daher ersteht an der Stelle, wo die städtische Hausplatzrente in die städtische Ackerbaurente übergeht, nicht ein Flachbau, der der Entfernung von den Verkehrszentren der Stadt und seiner voraussichtlichen Verwertung entsprechen würde, sondern es herrscht hier eine Bauweise, die der natürlichen Entwickelung widerspricht[4]). Dieses sogenannte System des „Lückenbaues“[5]) mit seinen vereinzelt entstehenden, vielstöckigen Wohnhäusern wirft einen hohen Mietertrag

---

[1]) Gemünd, a. a. O. S. 66 ff. . .

[2]) Pohlmann, Unsere Stellung zu den Terraingesellschaften, Deutsche Volksstimme. Jahrgang 1906. Nr. 16.

[3]) Hagelberg a. a. O. S. 1: „Die Anzahlung war sehr allgemein nur eine ganz geringe; der Verkäufer erhielt den größten Teil des Kaufpreises, vielfach bis zu 95 pZt., in Gestalt einer Restkaufgeldhypothek, welche auf dem Baugrundstück an erster Stelle eingetragen wurde.“

[4]) Eberstadt, Die Spekulation usw. S. 28, 29.

[5]) W. Meves a. a. O. S. 45: „Außer ganz vereinzelten Straßen der Innenstadt sind höhere Häuser aber bisher durchweg immer zuerst in der Stadterweiterung entstanden und haben erst später, wie dies auch heute deutlich zu beobachten ist, durch Stockaufbauten (und Neubauten, Eberstadt a. a. O.) in den Straßen der älteren Stadterweiterung Eingang gefunden. Zeigt sich schon darin, daß das Steigen der Geschoßzahl nicht eigentlich durch einen Druck der Nachfrage nach dem Stadtzentrum veranlaßt ist, sondern durch die Bodenspekulation.“

ab, der meist jedoch nur rechnerisch auf künstliche Weise durch nicht volle Anrechnung der Mietzeit und Nachlassen des Mietzinses zustande gebracht wird. Dieser rechnerisch bis ins einzelne belegte Mietertrag bildet den Grund für den Verkaufspreis des Hauses. Der Preis stellt das Kapital dar, als dessen Zinsen die künftigen Mietrenten angesehen werden. Dazu werden Mietzinsen von 5% gerechnet, und dann wird eine Summe für Haussteuer, Ausbesserungen, Beleuchtung, Straßenreinigung usw. abgezogen. Damit es so scheint, als ob jede Möglichkeit eines Minderertrages in Betracht gezogen ist, wird für zeitweises Leerstehen von Wohnräumen und Ausfall an Mieten eine Summe angesetzt.

Dieser mit der Wirklichkeit keineswegs übereinstimmende Mietertrag bildet nicht nur die Grundlage des Verkaufspreises des bereits errichteten Gebäudes, er ist auch maßgebend für die Verwertung des ringsum liegenden Baugeländes, durch dessen Bebauung auf eine gleiche Verzinsung des Anlagekaufkapitals gerechnet wird. Dadurch wird der Verkaufspreis des unbebauten Geländes auf das Vielfache des Erwerbspreises gesteigert. Dieses Vorgehen kann als ein ganz allgemeines und für die Ziele der Bodenspekulation notwendiges bezeichnet werden.

Bei diesen in die Höhe getriebenen Bodenpreisen kann ein Unternehmer, wenn er mit ehrlichen Mitteln arbeiten will, sich nicht auf die Bebauung der Stelle einlassen[1]). Denn er müßte im voraus jede Aussicht auf einen bei dem Geschäft zu erzielenden Nutzen aufgeben, da der bei der Lage der Häuser tatsächlich zu erzielende Mietzins nicht hinreichen würde, um die Hypotheken zu verzinsen, Reparaturen, Steuern, Auslagen zu bestreiten und noch etwas zu verdienen. Entweder es wurde daher der Unternehmer selbst durch die auf künstlichen Grundlagen aufgebauten Berechnungen getäuscht und erleidet, wenn er Vermögen besitzt, neben den Handwerkern selbst noch Verluste, oder aber er steckt mit den Bodenspekulanten unter einer Decke, derart, daß er entweder als selbständiger Gewerbetreibender während des Baues aus den Baugeldern seinen Gewinn sucht, oder er erscheint zwar formell als Baustelleneigentümer, ist aber in Wirklichkeit nichts anderes als ein Strohmann, den der Spekulant vorschiebt, um dem unmittelbaren Zugriffe der Baugläubiger nicht ausgesetzt zu sein und so sein eigenes Risiko soweit als möglich zu verringern.

Diese Bauunternehmer[2]) sind meist größere Bauhandwerker, wie Maurer oder Zimmermeister, die früher Gesellen, Poliere waren und selbst etwas vom Bauen verstehen. In den siebziger Jahren des vorigen Jahrhunderts fand man unter ihnen Leute aus allen möglichen Berufskreisen: Barbiere, Droschkenkutscher und dergleichen. Das ist heute nicht mehr der Fall. Eins ist jedoch auch jetzt noch unverändert geblieben: „die fast vollständige Mittel-

---

[1]) vgl. H. Freese, Bodenreform S. 155.

[2]) Statistisches Material über die Art des Bauunternehmertums, seine Mittellosigkeit und moralische Qualifikation vgl. Zipse S. 27, L. Eschwege, Privilegiertes Spekulantentum. Ein Beitrag zur Hypothekenbankfrage. Berlin 1899, S. 22.

losigkeit“ dieser Unternehmer[1]). Diese vermögenslosen und meist unehrenhaften Existenzen werden mit Vorliebe von dem Besitzer der Baustelle gesucht. Denn diese sind geneigt, auf alle Bedingungen des Kaufvertrages einzugehen. Der ausgemachte Kaufpreis, der den wahren Wert der Baustelle weit übersteigt, wird überhaupt nicht oder zum geringen Teil bezahlt, der Rest hypothekarisch gesichert. Der Gewinn des Baustellenverkäufers besteht nun darin, daß durch Errichtung des Baues für seine an erster Stelle stehende Kaufpreishypothek eine tatsächliche dingliche Unterlage geschaffen wird.

Durch diese Pfandhaft des Grundstücks allein würde aber noch nicht für die Baugläubiger die Befriedigungsmöglichkeit aus der Baustelle durch Eintragung eines dinglichen Rechts oder Zwangsvollstreckung in das Grundstück vereitelt werden. Es kommt aber hinzu, daß der Bauherr ebensowenig, wie er Geld zur Bezahlung der Baustelle hat, auch in der Regel kein genügendes Vermögen zur Herstellung des Baues besitzt. Aber auch der redliche Unternehmer bedarf zum Hausbau des Produktivkapitals; denn je höher der Bodenpreis ist, um so natürlicher ist es, daß der Bauherr sein Barvermögen durch ganze oder teilweise Bezahlung des Kaufpreises erschöpft. Auch für Gerichts-, Stempel- und Steuerkosten, sowie Maklerprovisionen muß der Bauunternehmer Barmittel aufwenden. Der wenig kapitalkräftige Bauherr ist daher ohne weiteres zur Beschaffung der notwendigen Barmittel auf den Weg des Kredits verwiesen. Unser heutiges Hypothekenwesen macht auch die Beschaffung von Baugeldern allzu leicht. Der Geldgeber wird auch nicht ungern Kredit gewähren, da der Boden ein sicheres und nicht entziehbares Unterpfand bildet.[2]) Deshalb schliesst der Unternehmer mit dem Verkäufer der Baustelle selbst oder mit einem Dritten, einem Bankinstitut oder einem größeren Kapitalisten, einen Darlehnsvertrag, durch den ihm Baugelder in Höhe von 2/3 bis 3/4 der voraussichtlich entstehenden Baukosten gewährt werden, und zwar meist in der Art, daß mit dem Fortschreiten des Baues die einzelnen Raten fällig werden. Der Baugeldempfänger muss sich verpflichten, sogleich nach Abschluss des Vertrages die ganze Summe der meist erst im Laufe des Baues zu zahlenden Raten durch Eintragung einer Hypothek auf die Baustelle zu sichern. Das geschieht deshalb, damit der Baugeldgeber nicht durch später eingetragene Hypotheken anderer Gläubiger zurückgedrängt werden kann. Zudem sichert sich der Geldgeber noch durch vertragliche Klauseln, nach denen er bei Eintreten gewisser Umstände die Zahlung der Baugelder einstellen darf. Besteht an dem Grundstück bereits eine Hypothek für den Kaufpreis, so muß der Baustellenverkäufer, damit der Bauherr überhaupt das erforderliche Produktivkapital erhält, der Baugeldhypothek das Vorrecht vor dem eingetragenen Kaufgeld mindestens insoweit einräumen, als, was in der Regel der Fall ist, das Kaufgeld den wahren Wert der Baustelle übersteigt. In jedem Falle wird durch die beiden Hypotheken die Schuldenlast, für die das Grund-

[1]) vgl. Sombart a. a. O. I S. 493.

[2]) vgl. Eberstadt, Die Spekulation usw. S. 16; J. Schneider, Praktische Ratschläge zur Beschaffung von Hypotheken. Berlin S. 71.

stück mit seinen gegenwärtigen und zukünftigen Bestandteilen und Zubehörungen haftet, so hoch, daß sie den Wert des fertigen Anwesens überschreitet. Dies läßt sich dadurch nachweisen, daß man die nach Lage und Bauart des Hauses tatsächlich erzielbaren Mietrenten mit den Hypothekenzinzen vergleicht, welche der künftige Erwerber des Baues zu leisten haben würde. Da eine Belastung mit einer Bauhandwerkerhypothek oder eine Zwangsvollstreckung in das Grundstück weder eine zulängliche Sicherung verschaffen, noch zur Befriedigung führen würde, der Bauunternehmer auch sonst kein Vermögen besitzt, so stehen die Baugläubiger, die auf Kredit geleistet haben, trotz ihrer Sicherungsmittel rechtlos da. Wären nur die Baugelder bestimmungsgemäß verwendet worden, so würde dadurch der größte Teil der Handwerker zu seinem Gelde gekommen sein. Ein Vorgehen gegen die Hintermänner des Bauunternehmers verspricht ebensowenig Erfolg. Es bedürfte dazu des genauen Nachweises der Grundstückswerte, der Baukosten, des Verbleibes der gewährten Baugelder, des zu erwartenden Mietertrages, der Höhe, in welcher die Banken Häuser dieser Art zu beleihen pflegen, des Einblicks in die Ergebnisse der Zwangsvollstreckung und der Aufdeckung der mannigfaltigen Geschäftskniffe eines solchen Spekulanten und seiner zahlreichen Hilfskräfte.[1])

Wie kommt es aber, daß die Bauhandwerker, Lieferanten und Arbeiter, denen die Unsolidität des Unternehmens kaum lange Zeit verborgen bleiben kann, sich dennoch an der Errichtung des Baues beteiligen und auf Kredit liefern? Es kann nicht verkannt werden, daß in einer großen Zahl der Fälle die Handwerker und Lieferanten mit schuld an ihren Verlusten sind. Oft durchschauen sie von vornherein die Unsicherheit des Unternehmens. Beteiligen sie sich dennoch an der Errichtung des Baues, so werden sie Teilnehmer an der Spekulation und greifen dabei zu einem unreellen Mittel, das sie nach ihrem Eingeständnis anwenden müssen. Durch erhöhte Preise verschaffen sie sich eine Risikoprämie für drohenden Verlust. Damit sind sie den bei jeder Spekulation unterworfenen Gefahren ausgesetzt und verdienen bei erlittenen Schäden kein Mitleid. Ein Teil der Bauhandwerker aber, die, ohne über die Art des Unternehmens aufgeklärt zu sein, dem Vorgang der eingeweihten Handwerker folgen, ohne eine derartige Erhöhung ihrer Forderungen vorzunehmen, um dadurch schon bei teilweiser Befriedigung auf ihre Rechnung zu kommen, wird trotzdem ohne Schuld Einbuße erleiden. Wenn es sich jedoch nicht um einen bekannten Unternehmer handelt, so wird es für die Bauhandwerker schwierig sein, sich über dessen Charakter Gewißheit zu verschaffen. Will es dieser auf eine Hintergehung der Handwerker von vornherein

[1]) Eine zutreffende Darstellung für das Vorgehen der an der Bauspekulation Beteiligten findet sich in der Frankfurter Zeitung, Morgenblatt 20. IX. 1892 Nr. 264; vgl. ferner Dernburg im Pionier 1890 Nr. 19; 21 S. 164; 24: 1881 Nr. 2, 4. Jahrgang VI. VII. Entwürfe eines RG. über die Sicherung der Bauforderungen Drucks. d. R. T. Nr. 365, Begründung S. 10 ff. Entsch. des Reichsversicherungsamts in allg. Nachrichten des Reichsversicherungsamtes vom I. X. 01, S. 613; in JW. 1902 S. 209; RG. Bd. 45 S. 1 ff.

anlegen, so muß er oder sein Makler die Fähigkeit besitzen, die Handwerker, ohne sie in Mißtrauen zu versetzen, zur Beteiligung an dem Bau heranzuziehen. Dies erreicht er leicht dadurch, daß er ihnen ohne eingehendes Nachrechnen die geforderten Preise gewährt und sie nachdrücklich auf das ihm zur Befriedigung der Bauforderungen zustehende Baugeld hinweist. So gelingt es dem Unternehmer, nicht nur die erforderlichen Bauverträge abzuschließen, sondern auch durch Gewährung günstiger Preise Stundungen der Vergütung zu erreichen, auch für den Fall des Rücktritts der Handwerker für sich erhebliche Vertragsstrafen auszubedingen.

Handelt es sich nicht um einen schwindelhaften Bauunternehmer, so wird er selbst oft von dem Baustellenverkäufer oder Baugeldgeber hintergangen, kann diesem gegenüber seine Verbindlichkeiten nicht erfüllen und gerät in Vermögensverfall. Der schon fast fertige Bau wird subhastiert und von dem ehemaligen Eigentümer der Baustelle erworben, doch so, daß höchstens die Baugeldhypothek übernommen wird. Die nicht befriedigten Handwerker kommen um ihre Arbeit und ihre Aufwendungen.

Oft auch fällt der Bauunternehmer infolge verfehlter Spekulation bei dem Unternehmen oder aus anderen Gründen in Vermögensverfall, so daß den Bauherrn weder der Vorwurf der Unredlichkeit, noch die Handwerker der der Fahrlässigkeit bei der Kreditgewährung trifft. Auch hier wird eine Befriedigungsmöglichkeit der Handwerker aus dem Grundstück infolge des grundbuchrechtlichen Haftungsprinzips ausgeschlossen sein.

In zahlreichen Fällen wird der Bauhandwerker sich an der Herstellung von Spekulationsbauten der Unternehmer beteiligen müssen. Dennoch darf man dem Bauhandwerker nicht deshalb ganz allein die Schuld an seinen Verlusten beimessen, weil er von unsicheren und unreellen Unternehmern Aufträge annimmt. Es handelt sich beim Übernehmen derartiger Aufträge um den Kampf ums Dasein. Wegen der Konkurrenz, die zum Unterschiede von anderen Gewerben durch das Überwiegen von kleinen Betrieben erheblich gesteigert wird, sieht sich der einzelne Bauhandwerker genötigt, Arbeiten zu übernehmen, die er als vorsichtiger Geschäftsmann nicht übernehmen würde, wenn er nicht durch das Angebot überhaupt von der Arbeit ausgeschlossen werden soll. So kommt es, daß der schwindelhafte Bauunternehmer, auch wenn er keine besondere Lockmittel, wie Preisaufschläge usw. gewährt, genug Angebote erhält. Es geschieht sogar, daß die Handwerker die Forderungen ihrer Konkurrenten um ein Beträchtliches unterbieten und dazu nicht nur Stundungen ihrer Vergütung bewilligen, oft noch besondere Verpflichtungen, wie Stellung der Gerüste und dergl., welche die Selbstkosten erheblich steigern, übernehmen [1]).

Allerdings bleibt den Handwerkern die Hoffnung, aus dem zu Bauzwecken bestimmten Gelde Befriedigung zu erhalten oder im Notfalle den Anspruch des Baugelgempfängers zur eigenen Sicherung

---

[1]) vgl. Freese, Schmollers Jahrb. Bd. XVI, S. 277 ff., Oertmann, Conrads Jahrb. Bd. 60, S. 271 ff. .

zu pfänden. Auf die Verwendung der Baugelder können die Bauhandwerker keinen bestimmenden Einfluß ausüben und auch nach dem bestehenden Recht ist ihre baufremde Verwendung nicht irgendwie zu verbieten. Einen Teil des Baugeldes wird zwar der Unternehmer freiwillig zur Befriedigung der zuerst fälligen Bauforderungen verwenden, damit das Vertrauen in seine Zahlungsfähigkeit und Zahlungswilligkeit erhöht wird und der Bau in Fluß kommt. Bald aber entsteht bis zum Ende des Baues zwischen dem Unternehmer und den Baugläubigern ein fortwährender Kampf um die Geldfrage. An die Stelle der Barzahlungen treten Kreditgewährungen unter erhöhten Zinsversprechungen oder Wechsel, die endlos prolongiert werden. Diese Methode längere Zeit durchführen zu können, wird der Unternehmer durch die Reihenfolge begünstigt, in der die Verträge für den Bau infolge seines Fortschreitens abgeschlossen und ausgeführt werden. Die Kosten für die zunächst vorzunehmenden Ausschachtungsarbeiten sind im Verhältnis zu den Gesamtkosten so gering, daß es dem Unternehmer ohne große Einbuße von Baugeld möglich ist, sie bar zu tilgen und damit den Bau über die ersten Schwierigkeiten hinweg zu bringen. Bei den sodann abzuschließenden Ziegel- und Holzlieferungsverträgen treten dem Unternehmer Lieferanten entgegen, die meist infolge ihrer wirtschaftlichen Vermögenslage geneigt sind, unter Gewährung höherer Preise und einer geringen Anzahlung längere Zahlungsfristen zu bewilligen. Angesichts des Vertrauens, das die kapitalkräftigen Firmen dem unzuverlässigen Unternehmer ohne Sicherung schenken, lassen die Bauhandwerker sich verleiten, unter Stundung ihrer Forderungen ihre Lieferungen zu machen und ihre Arbeiten auszuführen.

Das zur Bestreitung der Baukosten bestimmte Geld geht inzwischen andere Wege. Abgesehen davon, daß das bewilligte Baugeld zur Tilgung der gesamten Baukosten fast nie ausreicht, hat auch der Geldgeber an der bestimmungsgemäßen Verwendung seiner Gelder kein Interesse, da auch bei ihrem zweckwidrigen Verbrauche das Grundstück ihm dinglich haftet. Ein Zwang zur bestimmungsmäßigen Verwendung ist von einer anderen Seite nicht durchzuführen. Allein auf Grund ihrer Zweckbestimmung ist vom rechtlichen Standpunkte nach den bisherigen Gesetzen weder die Verwendung der Baugelder zu anderen Zwecken, noch die Verfügung über die nicht valutierte Baugeldhypothek zum Nachteil der Baugläubiger verboten. Es steht den Baugläubigern jedoch eine Pfändung der fälligen Baugeldraten zu, die jedoch vom Baugeldempfänger geschickt umgangen wird. Der Unternehmer sucht von dem das Geld leihenden Kapitalisten eine vorzeitige Zahlung der Raten zu erlangen oder durch die Drohung, die Arbeiten einzustellen, den Geldgeber zu vorzeitigen und größeren Leistungen, als er vertraglich verpflichtet ist, zu zwingen, so daß eine fällige Forderung des Baugeldnehmers nicht mehr besteht und das anfangs bewilligte Darlehn um ein erhebliches überstiegen, doch auch das Grundstück um so mehr belastet wird. Das zu erreichen, gelingt dem Bauunternehmer meistens. Denn wenn der Geldgeber die Mittel für den Bau solange vorgeschossen hat, bis dessen Anfangsstadium überschritten ist, kann er sich weiteren

Zahlungen nicht entziehen, ohne Gefahr zu laufen, zur Rettung seiner Hypothek das Grundstück in der Subhastation zu erstehen und den halbfertigen Bau vollenden zu müssen. Trotzdem durch den Unternehmer nur geringe Zahlungen an die Baugläubiger geleistet werden, wird das Baugeld dennoch vorzeitig aufgezehrt. Der Unternehmer bezahlt aus dem Baugelde die von dem Baugeldgeber beanspruchte Provision, die Zinsen des Baugelddarlehens und die Vergütungen für Taxierungen der hergestellten Bauteile, oder er entnimmt, was bei den bevorzugten unredlichen Elementen gerade nicht selten vorkommt, dem Baugeld die Mittel für seine Privatbedürfnisse, zur Bestreitung eines seine Verhältnisse übersteigenden Aufwandes, zu einer verschwenderischen Lebensführung, zur Tilgung früherer Schulden, oder er schafft es durch Scheingeschäfte oder Zessionen für künftige Zeiten beiseite. Infolge ihrer tiefstehenden geschäftlichen Bildung geht auch vielen Bauunternehmern die Übersicht über ihre Vermögensverhältnisse verloren. Nur selten sind sie zu einer übersichtlichen Buchführung fähig. Auch bei der ihnen unerschöpflich scheinenden Baugeldsumme und ihrem Mangel an Geschäftssinn bewilligen sie Preise, welche bald ihre Mittel übersteigen.

Bei dem durch das Eindringen unredlicher und unfähiger Personen in seiner Existenz schwer gefährdeten Bauunternehmertum ist auch das häufig geübte Treiben der Bauunternehmer für die Baugläubiger gefährlich, welche die Herstellung mehrerer sukzessiver oder gleichzeitiger Bauten, sog. Kettenbauten, übernehmen und die noch von dem einen Bau restierenden Schulden mit dem für den anderen geliehenen Gelde bezahlen. So stopfen die Unternehmer das eine Loch damit zu, daß sie ein anderes aufreißen. Daß sich durch derartige „Prolongationen“ auch ehrliche Unternehmer in ihrer Bedrängnis in der Hoffnung auf bessere Zeiten aufrechtzuerhalten suchen, ist eine wiederholt beobachtete Tatsache. Schließlich muß aber die Existenz des Unternehmers mit einem unvermeidlichen Zusammenbruche enden, der auch eine Menge anderer an den Bauten beteiligter Personen, namentlich die Bauhandwerker finanziell zu Grunde richtet.

Oft gelingt es aber auch dem Bauunternehmer infolge günstiger Konjunktur den Bau zu vollenden und vorteilhaft zu verkaufen oder eine umfassende erste Hypothek, die noch einen Überschuß über die abzulösende Baugeldhypothek ergibt, oder eine zweite Hypothek zu beschaffen. Dann macht nicht nur der Unternehmer einen namhaften Profit, auch die Handwerker, Lieferanten und Arbeiter werden für ihre Restforderungen befriedigt und machen trotz der spekulativen Natur des Baues einen nicht unerheblichen Gewinn, der sie jedoch veranlaßt, sich ohne Bedenken und eingehende Nachforschungen an derartigen Unternehmungen weiter zu beteiligen.

Meist ist aber die Subhastation des Baugrundstückes unvermeidlich[1]). Das erhellt schon daraus, daß ein Bauunternehmer, der nur über einige tausend Mark Vermögen verfügt, während er

[1]) vgl. die statistischen Tabellen aus dem „Statistischen Jahrbuch deutscher Städte“ von Neefe in Drucksachen des Reichstags Nr. 1775, 12. Legislatur-Periode 1907/09, S. 61 ff.

für Hunderttausende Kredit beansprucht, schon bei geringen wirtschaftlichen Störungen seine Verbindlichkeiten nicht mehr zu erfüllen vermag. So wird oft trotz des guten Willens des Bauunternehmers die ungünstige wirtschaftliche Lage, die Konjunktur auf dem Wohnungsmarkt, die chikanöse Ausnutzung der Bedingungen des Baugeldvertrages, die unerwarteten Kündigungen von Hypotheken den Verkauf des Hauses oder die Aufnahme notwendiger Hypotheken vereiteln und eine Zwangsversteigerung des Baugrundstücks herbeiführen. Es brauchen nur die Zinsen der auf dem Grundstück lastenden Hypotheken im Rückstande bleiben, die eingeklagt werden und einen Vollstreckungstitel abgeben. Der Unternehmer will aber oft auch dessen Vollendung überhaupt nicht, da er sich leichter und müheloser aus dem Baugeld bereichern kann. Dieses reicht nur aus, um den Bau im Rohen zu vollenden, und plötzlich fehlen dem Bauunternehmer die Gelder zur Weiterführung.

Bei der Versteigerung fällt das mehr oder weniger fertiggestellte Gebäude an den Baustellenverkäufer oder den Baugeldgeber. Ein Erstehen des Baues durch die Baugläubiger ist wirtschaftlich ausgeschlossen, da der als erste Hypothek eingetragene Restkaufpreis und die gegen zweite Hypothek kreditierten Baugelder den gegenwärtigen Wert des bebauten Grundstücks übersteigen und eine Interessengemeinschaft unter den im scharfen Konkurrenzkampf stehenden Baugläubigern zum gemeinsamen Ankauf schwer zu bilden ist[1]), für den einzelnen aber das dadurch übernommene Risiko sein Vermögen in wirtschaftlicher und technischer Hinsicht übersteigt. Zudem würden die an einer Übernahme des Rohbaues interessierten Kapitalisten eine Ersteigerung durch die Bauhandwerker mit allen Mitteln zu hintertreiben suchen, denn gerade in der Realisierung des künstlich in die Höhe getriebenen Wertes der Baustelle durch die Leistungen der Lieferanten und Bauarbeiter liegt ihr Verdienst. Die eingetragene Kaufpreis- und Baugeldhypothek müssen bei Übernahme herausgeboten werden. Steht noch an dritter Stelle eine Sicherungshypothek für die Bauforderungen eingetragen, so wird das Höchstgebot, und dessen Abgabe liegt im Interesse des Verkäufers und Geldgebers, nur die beiden ersten Hypotheken decken, die dahinter eingetragene Sicherungshypothek fällt einfach aus. Durch Übernahme des Grundstücks mit diesen Belastungen den Schaden abzuwenden, ist nicht auszuführen.

Die Stellung der an der Einrichtung des Baues beteiligten Bauhandwerker, Lieferanten und Arbeiter ist gegenüber dem an der Errichtung interessierten Baustellenverkäufer, Unternehmer und Geldgeber eine in wirtschaftlicher und rechtlicher Beziehung ungleich schlechtere. Der Baustellenverkäufer kommt immer auf seine Rechnung. Er hat sich von dem mittellosen Bauunternehmer einen den wahren Wert der Baustelle übersteigenden Preis bewilligen und ganz oder zum Teil hypothekarisch sichern lassen. Durch die Arbeit der Handwerker wird die reale Sicherheit für den durch das Grundstück als solches nicht gedeckten Teil seiner Hypothek

[1]) vgl. Hagelberg, Kommentar z. Ges. d. Bauforderungen S. 3.

geschaffen. Der Bauunternehmer, der sich auf einen derartigen Kaufvertrag eingelassen hat, hat trotzdem nichts verloren, denn er hat bei Beginn des Baues nichts gehabt. Er hat aber die Aussicht, bei günstiger Konjunktur schnell einen erheblichen Gewinn zu machen, neben der Hoffnung, daß es ihm in der Zeit, in welcher er über Tausende verfügt, gelingt, sein Schäfchen ins Trockene zu bringen. Auch der Baugeldgeber hat seinen ausreichenden Gewinn eingestrichen. Er hat sich für das Darlehn besonders hohe Zinsen und beträchtliche Provision versprechen lassen und sogleich bei Auszahlung der Gelder in Abzug gebracht. Da er in voller Höhe das Darlehn hypothekarisch hat sichern lassen, besteht für ihn ein Risiko nicht. Der Wert der ausgezahlten Gelder bleibt immer hinter dem Wert des Gebauten zurück, welches ihm kraft seiner Hypothek haftet. Entweder bleibt für ihn, wenn der Bau vorteilhaft veräußert wird, eine hochverzinsliche sichere Hypothek stehen, oder er erwirbt bei Versteigerung des Grundstücks im äußersten Fall den Neubau. Wenn auch bei der schlechten finanziellen Fundierung des Unternehmens mangelhaft und wenig vorteilhaft gebaut sein wird, so stellt dennoch das in sein Eigentum übergegangene Anwesen ein höheres Wertobjekt dar, als er hingegeben hat.

Die Bauhandwerker und die ihnen gleichzustellenden Lieferanten und Arbeiter haben zwar durch Aufwand von Kapital und Arbeit die Werterhöhung des Grundstücks bewirkt, müssen aber infolge des im bürgerlichen Rechte herrschenden Akzessionsprinzips ihr Eigentum aufgeben und zusehen, wie sich andere daraus befriedigen. Nach dem Grundsatz: superficies solo cedit, der den Bau rechtlich dem Schicksal von Grund und Boden unterwirft[1]) in Verbindung mit dem durch die Stelle oder Zeit der Eintragung bestimmten Rang der Grundbuchrechte müssen die Baugläubiger auf eine Befriedigung aus dem Grundstück verzichten. Diese Grundsätze des geltenden Rechtes sind jedoch als unumgänglich notwendige Vorschriften nicht zu entbehren. Es wäre ein unerträglicher und jeden Verkehr in Bodenwerten hemmender Zustand, wenn der Handwerker oder Lieferant an den von ihnen in das Gebäude eingefügten Materialien jedem späteren Eigentümer des Gebäudes gegenüber die rei vindicatio geltend machen, oder der Hypothekengläubiger Befriedigung aus dem Gebäude verlangen könnte, die in einem Verkauf des Hauses auf Abbruch bestehen würde. Hinsichtlich des Realkredits ist aber von besonderer Bedeutung die Gestaltung des Rangverhältnisses der Grundbuchrechte. Für dieses Rechtsverhältnis muß ein Grundsatz maßgebend sein, der als unbedingt feststehend bei Berechnung der Belastung zu Grunde gelegt werden kann. Deshalb würde eine schwere Gefährdung des Realkredits darin zu erblicken sein, wenn das Eintragungsprinzip oder auch nur die nach geltendem Recht maßgebende und übersichtliche Reihenfolge der Eintragungen durchbrochen würde. Die Berücksichtigung der Gläubiger nach der Rangfolge der Eintragungen ist

[1]) vgl. Über die Bedeutung des Grundsatzes für die den Bauhandwerkern in dieser Beziehung gleichgestellten Tiefbauunternehmer, Förster usw. Zipse, p 21.

die Folge der für die Rangordnung der Grundrechte geltenden Bestimmungen. Der persönliche Anspruch der Bauhandwerker gegen ihren Schuldner, den Bauunternehmer, versagt, ebenso wie ihr dinglicher. Der Ersteher des Grundstücks ist ihnen nichts schuldig, und auch gegen ihn ein Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung nicht gegeben. Er ist völlig „unbeteiligt" und ein Beweis, daß er den Verkauf des Neubaues vorausgesehen und den Unternehmer nur als Strohmann vorgeschoben hat, um die Baugläubiger gefahrlos zu schädigen, ist in den seltensten Fällen zu erbringen [1]). Bei dieser Rechtslage der Bauhandwerker und der sonstigen an der Herstellung von Bauten beteiligten Personen muß es in erster Linie das Ziel einer Schutzgesetzgebung sein, die Verwendung der zu ihrer Befriedigung bestimmten Gelder gesetzlich zu regeln und einen Zwang zur ordnungsmäßigen Auszahlung durch den Baugeldempfänger auszuüben, um so wenigstens einem Teil der Baugläubiger in ihrer ungünstigen wirtschaftlichen und rechtlichen Notlage zu helfen.

§ 3. Der Rechtszustand vor dem Reichsgesetz vom 1. Juni 1909.

Der Rechtszustand in Deutschland vor dem Reichsgesetz vom 1. Juni 1909 über die Sicherung der Bauforderungen war durchaus unzureichend, um den Mißständen im Baugewerbe, namentlich der Entfremdung der Baugelder, vorzubeugen. Es gab zwar in einem großen Teil der deutschen Staaten Rechtsmittel, die eine dingliche Sicherung der Bauforderungen ermöglichten, den am Bau Beteiligten damit aber nur eine unsichere und langwierige Befriedigungsmöglichkeit boten. Das war die Folge der ratio dieser partikularrechtlichen Vorschriften. Diese beruhten nicht auf Erwägungen über die ungünstige rechtliche und wirtschaftliche Lage der Angehörigen des Baugewerbes, sondern waren vielmehr das Ergebnis des dem römischen Recht entstammenden Grundsatzes der versio in rem: derjenige, der durch Aufwendungen und Leistungen den Wert einer Sache erhöht, soll im Falle des Bestehens älterer Pfandrechte an der Sache in Folge ihrer Werterhöhung für seine Forderung ein Vorzugsrecht vor diesen genießen.

Das gemeine Recht kannte nach der herrschenden Ansicht keinen besonderen Rechtsschutz für die Herbeiführung einer Befriedigung der Bauforderungen durch Verwendung der Baugelder oder durch dingliche Sicherung[2]). Die Praxis des gemeinen Rechts hat sich gegen die analoge Anwendung der L. 1. D. XX, 2 und der L. 5, 6 D. XX, 4 überwiegend ausgesprochen. Das Oberappellationsgericht[3]) ist den Anwendungsbestrebungen ausdrücklich entgegengetreten.

---

[1]) Über die Schwierigkeit eines strafrechtlichen Einschreitens vgl. Liebig. Der Bauschwindel usw. Bayrische Zeitschr. f. Rechtspflege 1905. S. 145 ff.

[2]) vgl. Dernburg, Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts 1860, I. § 37, S. 314; Pandekten I S. 658; Glück, Pandekten XIX, S. 24 ff.; v. Madai, Lindes Zeitschr. für Zivilrecht- und Prozeß XIX, S. 83 ff.; Schläyer, Archiv f. ziv. Praxis Bd. 49, S. 83; Simonsohn S. 18 ff.; auch Oertmann, Conrads Jahrb. Bd. 60, S. 99, 102, 103; BGB. § 648 Anm. I. S. 747.

[3]) Seuff. Archiv Bd. I, Nr. 187. S. 195 Urt. v. 12. IX. 1837.

Vorbildlich für das vornehmlich in Baden geltende Recht war der code civil gewesen, der auch in den Rheinländern Preußens[1]) Hessens und Bayerns und in Elsass-Lothringen galt. Dieses Gesetzbuch gab ein Schutzrecht, dem das römisch-rechtliche Versionsprinzip zu grunde lag, und das dem Baumeister, Bauunternehmer, den Maurern und andern Bauhandwerkern und Arbeitern gewährt wurde, welche zur Errichtung, Wiederherstellung oder Ausbesserung eines Gebäudes oder sonstigen Bauwerks beigetragen haben. Nach dem badischen Landrecht vom 3. Februar 1809 (Art. 2103[2]), 2106, 2110) bestand der Rechtsschutz in einem unmittelbar kraft Gesetzes entstehenden Pfandrecht an dem Baugrundstück. Die Entstehung dieses Rechts war aber davon abhängig, daß der Wert des Bauwerks vor Beginn der Arbeiten und der Wert nach Ausführung derselben amtlich durch eine Sachverständigenkommission festgestellt werden mußte.

Das preußische Allgemeine Landrecht vom 5. Februar 1794 (Teil I, Tit. II §§ 971, 972) enthielt für den Werkmeister einen in der Konkursordnung näher bestimmten Anspruch gegen den Bauherrn, auf dessen Grund und Boden er einen Neubau herstellte oder Reparaturarbeiten vornahm, auf Bestellung einer Hypothek an dem Grundstück für die darin verwendeten Materialien und Arbeiten. Diesen Anspruch konnte der Werkmeister nach § 972, solange der Konkurs nicht eröffnet war, ohne besondere Einwilligung des Schuldners eintragen lassen.[3])

Der Pfandrechtstitel des Allgemeinen Landrechts ist unter Ausdehnung auf die Bauarbeiter und Lieferanten von Materialien, vorausgesetzt, daß diese mit dem Eigentümer in unmittelbarem Vertragsverhältnis standen, in das Bayerische Hypothekengesetz vom 1. Juni 1822 (§§ 12, Ziff. 9, 30, 98, 108) übernommen worden.[4])

In ähnlicher Weise bestand nach dem Pfandgesetz vom 15. April 1725 (Art. 27, 42, 78, 105, 199, 201) in Württemberg ein Pfandrechtstitel. Auch im Königreich Sachsen wurde in neuerer Zeit für die Bauhandwerker ein Rechtsschutz geschaffen.[5])

Trotzdem in einem großen Teil Deutschlands die Bauhandwerker ein dingliches Recht an dem Baugrundstück für ihre Forderungen erwerben konnten, so war doch ein praktischer Nutzen damit für sie nicht verbunden. Wegen der sachlichen Kompliziertheit, die in dem umständlichen Wertfeststellungsverfahren lag, und den hiermit verknüpften nicht unerheblichen Kosten war das Prinzip des

---

[1]) vgl. Menzen, Ges. über das Grundbuchwesen usw. im Geltungsbereich des rheinischen Rechts vom 12. April 1888, 2. Aufl., Kreuznach 1893, S. 727.

[2]) vgl. Pont. Commentaire — traité des privilèges et hypothèques, Paris 1868; S. 185 ff.

[3]) vgl. Dernburg, Preuß. Hypothekenrecht § 15, S. 107 und Privatrecht Bd. II § 201, S. 591, Anm. 13; Foerster-Eccius, Preuß. Privatrecht II, § 138, S. 291 Anm. 112. § 11 des Preuß. Ausf. zur Konk.-O. v. 1879: RG. Bd. 27, S. 228 ff.; Urt. des preuß. Obertribunals v. 19. Juli 1859, Entsch. Bd. 41, S. 110.

[4]) vgl. OLG. München, Bl. f. RA. Bd. 63, S. 156, 157.

[5]) vgl. § 393a des sächsischen bürgerlichen Gesetzbuches, eingefügt durch Gesetz vom 18. Mai 1896.

französischen Rechts in der Praxis von geringer Bedeutung.[1]) Ueber den Wert des preußischen Hypothekentitels gingen die Ansichten auseinander. Er wurde als rechtliche Gewähr dafür erachtet, daß der Bauhandwerker in vielen Fällen nicht dem Untergang geweiht sei, dessen Anwendung er oft allein seine Existenz verdanke. Auf der andern Seite wurde der Titel als minderwertige Schutzvorschrift, ja geradezu als gefährlich hingestellt, dessen Dasein die Handwerker verleite, sorglos zu kreditieren und sich nicht in anderer Weise zu sichern.[2]) Jedenfalls mußte die Handwerkerhypothek als wertlos angesehen werden, sofern ihre Eintragung — und das war die Regel — erst erfolgte, wenn das Baugrundstück mit der Kaufpreis- nnd Baugeldhypothek belastet war. Anstatt einer baren Befriedigung aus den zur Herstellung des Baues gewährten Geldbeträgen erhielten die Handwerker eine „unsichere Sicherung".

Dieser Rechtszustand wurde unter der Herrschaft des Bürgerlichen Gesetzbuchs kein besserer.

Mit dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches verloren infolge des Kodifikationsprinzips die bestehenden Vorschriften der Partikularrechte ihre Wirksamkeit. An ihre Stelle trat das BGB., das den bei Herstellung von Bauten beteiligten Personen mannigfache Rechtsmittel gibt, um drohende geschäftliche Verluste zu vermeiden oder sich dagegen zu sichern. Da die in Frage kommenden Rechtsbestimmungen jedoch in einer Uebernahme auch schon vordem bekannter Rechtsinstitute ohne wesentliche Umgestaltung bestehen, ist gegen die Mißstände im Baugewerbe bei dem Fortbestehen der wirtschaftlichen Gründe und der grundbuchrechtlichen Grundsätze ein ausreichender Rechtsschutz[3]) nicht geschaffen worden. Namentlich stand nach wie vor die Verwendung der Baugelder in dem freien Belieben des Empfängers.

Hat ein Bauhandwerker die Herstellung eines Bauwerks oder eines Teiles eines Bauwerks übernommen, so hat er die rechtliche Stellung eines Unternehmers im Sinne der §§ 631 ff. BGB. Als solcher ist er nach § 641 zur Vorleistung verpflichtet. Da der vertragsmäßig zu erreichende Erfolg in der Verbindung des fertig gekauften oder zum Bau passend hergestellten Materials mit dem Grundstück durch seine Arbeitsleistung besteht, hat er, bevor er einen Anspruch auf Vergütung erhält, sowohl das Eigentum an dem Material aufgeben, als auch zu der Verbindung Kraft und Zeit aufwenden müssen. Diese seine Leistung geht ihm verloren, wenn sein Vertragsgegner ihn nicht befriedigt. Denn eine Rücknahme seiner Lieferungen ist rechtlich nicht statthaft. Durch die Zusammenfügung des Materials zu einem Bau auf einem Grundstück wird das Material wesentlicher Bestandteil des Grundstücks. Es verliert die Eigenschaft einer beweglichen Sache, geht in das Eigentum des Grundeigentümers über und wird von den dinglichen Pfandrechten des Grundstücks ergriffen. (§§ 93, 94, 946, 1120 BGB.)

---

[1]) vgl. Freese, Pfandrecht S. 234; Oertmann, Conrads Jahrb. Bd. 60, S. 106.
[2]) vgl. Verhandlungen des 20. Juristentages 1889 S. 218—247.
[3]) vgl. Drost, die Sicherung der Bauforderungen nach dem BGB., insbesondere nach § 648, Diss. Erlangen 1906, S. 8 ff.

Deshalb ist dem Bauhandwerker weder das Pfandrecht nach § 647 BGB., das nur für bewegliche Sachen gilt, gegeben, noch nützt ihm ein vertraglich vereinbarter Eigentumsvorbehalt.

Zudem wird dem Werkmeister an einer Zurückerlangung der gefertigten Arbeiten aus praktischen Gründen wenig gelegen sein. Er wird das Material in der Regel den besonderen Verhältnissen des Baues angepaßt haben, so daß eine anderweitige Verwertung für ihn weder möglich, noch nutzbringend ist. Während er bei Verwendung der Arbeiten in den Bau noch hoffen konnte, bei glücklichem Verkauf des Hauses zu seinem Gelde zu kommen, werden die fertigen Gegenstände bei Zurückhaltung der Leistung nutzlos lange Zeit in seiner Werkstatt herum liegen, ehe sich ihm eine gewinnbringende Verwertungsmöglichkeit bietet. Allerdings wird es für den Werkmeister von Wert sein, wenn er durch Zurückhalten seiner Arbeiten auf den Bauherrn einen Zwang zur Gegenleistung ausüben kann. Die Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechtes nach § 273 BGB. ist ihm jedoch wegen der ihm gesetztlich obliegenden Vorleistungspflicht rechtlich versagt, es sei denn, daß es sich um einen bloßen Lieferungsvertrag handelt. Nur wenn in den Vermögensverhältnissen des Bauherrn eine wesentliche Verschlechterung eintritt, steht dem Werkmeister das Recht zu, Leistung Zug um Zug oder Stellung von Sicherheit zu verlangen (§ 321 BGB). Hat aber, wie das regelmäßig der Fall sein wird, ein Bauherr, der von Anfang an besitzlos war, den Bau begonnen, so kann der Bauhandwerker dies Recht nicht ausüben, und er ist zur Leistung gezwungen, zumal für einen Leistungsverzug schwere Vertragsstrafen ausbedungen zu werden pflegen.

Von Wichtigkeit wird es in diesem Falle für den Bauhandwerker sein, ob der mit dem Bauherrn abgeschlossene Vertrag nicht auf Grund des § 138 nichtig oder nach den §§ 119, 123 BGB. anfechtbar ist. Denn bei den eigenartigen wirtschaftlichen Verhältnissen im modernen Bauwesen werden die Handwerker und Lieferanten oft zu Verträgen veranlaßt, die gegen die guten Sitten verstoßen oder wegen Irrtums oder arglistiger Täuschung anfechtbar sind. Es werden Rechtsgeschäfte zustande kommen, durch die der Bauherr oder Hauptunternehmer unter Ausbeutung der Notlage, des Leichtsinns oder der Unerfahrenheit der Handwerker oder Lieferanten sich oder einem Dritten Vermögensvorteile versprechen lassen, welche den Wert der Leistung dergestalt übersteigen, daß den Umständen nach die Vermögensverhältnisse in auffälligem Mißverhältnisse zu der Leistung stehen. Häufiger wird allerdings bei diesen Verträgen ein Anfechtungsrecht wegen arglistiger Täuschung oder wegen Irrtums gegeben sein. Die Zahlungsfähigkeit der Vertragsgegner gilt als eine wesentliche Eigenschaft der Person, und der Irrtum darüber begründet ein Anfechtungsrecht nach § 119 Abs. 2 BGB. [1]). Auch über die Belastung des Baugrundstücks werden Handwerker oft in arglistiger Absicht im unklaren gelassen. Es werden ihnen Zusicherungen

---

[1]) Bolze, Praxis Bd. 5 Nr. 390; RGE. Bd. 21, 308 ff. Bd. 61, 86; Bd. 66, 385 ff. OLG. 3, 39; 4, 9; Staudinger, I, § 119 zu 4, c, S. 408.

erteilt, deren Unrichtigkeit sich bei genauer Erforschung der Sachlage ergibt. Über die Höhe der Baugelder und die B dingungen des Baugeldvertrages werden ihnen falsche Angaben gemacht. Die Belastungen des Baugrundstücks werden ihnen verheimlicht und sie über die Eigentumsverhältnisse im unklaren gelassen. So werden wider besseres Wissen falsche Tatsachen von dem Bauunternehmer zum Zweck der Irrtumserregung den Handwerkern vorgespiegelt oder wahre Tatsachen unterdrückt, um die Handwerker zur Beteiligung an dem Bau zu veranlassen. Fallen auf Grund der Nichtigkeit der Verträge die gegenseitigen Verpflichtungen weg, so werden die Handwerker vor größerem Schaden jedoch nur dann bewahrt, wenn die Aufhebung der Verträge erfolgte, bevor die Handwerker geleistet haben. Denn eine Rückerlangung der Leistungen ist trotz Wegfalls des Rechtsgrundes auf Grund der Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung nicht zu erlangen, sonstige Mittel außer dem Baugrundstück stehen dem Bauunternehmer nicht zu.

Haben die Bauhandwerker ihre Leistungen ganz oder teilweise vollendet, so sind diese der Haftung der auf dem Grundstück lastenden Kaufpreis- und Baugeldhypothek unterworfen. Von Wichtigkeit wäre es, ob den Handwerkern eine Handhabe geboten ist, das Baugrundstück von der dinglichen Haftung für diese Forderungen zu lösen und dadurch einer zu ihren Gunsten eingetragenen Sicherungshypothek die ausreichende Realsicherung zu schaffen.

Bei dem Verkauf einer Baustelle wird oft von dem Eigentümer auf den Leichtsinn, die Unerfahrenheit oder Gewissenlosigkeit des kaufenden Bauunternehmers abgesehen, oder es wird dieser nur zum Schein als Strohmann mit seinem Willen von dem Grundstückseigentümer vorgeschoben. Der vereinbarte Kaufpreis wird daher häufig zu dem tatsächlichen Wert der Baustelle in auffälligem Mißverhältnisse stehen. Ebenso wird es oft mit dem Baugeldvertrag beschaffen sein, der unter allzu vorteilhaften Bedingungen für den Geldgeber zustande kommt. Zweifellos kann die Nichtigkeit dieser Verträge auf Grund des § 117 und § 138 BGB. auch von dritten Personen, wie den Bauhandwerkern, geltend gemacht werden.

Die Anwendung des § 138 BGB. wird nicht schon dadurch ausgeschlossen sein, daß die Handlungsweise des Grundeigentümers oder Geldgebers den laxen Anschauungen und Gepflogenheiten der in Frage stehenden Kreise entspricht. Dennoch wird dieses Rechtsmittel, ebenso wie der Nachweis eines Scheingeschäftes wegen der zahlreichen Geschäftskniffe des Terrainbesitzers und Bauunternehmers und ihrer Hilfskräfte den Bauhandwerkern von geringem Nutzen sein, zumal erst ein langwieriges, mit vielen Kosten verbundenes Prozessieren zum Erfolg führen wird. Dieser Erfolg besteht zunächst nur darin, daß die Verträge zwischen dem Bauunternehmer und dem Baustellenverkäufer oder Baugeldgeber nichtig sind.

Es fragt sich daher, ob damit auch die auf Grund dieser nichtigen Schuldtitel eingetragenen Hypotheken hinfällig werden. Die Kaufpreis- und die Baugeldhypothek kann sowohl als Verkehrs- oder als Sicherungshypothek bestellt werden. Soweit diese Hypotheken als Sicherungshypotheken bestellt worden sind, erlischt bei

der streng akzessorischen Natur dieser Hypothek, bei der die Forderung die rechtliche Grundlage der Hypothek bildet, infolge des Wegfalls des Forderungsrechts auch die dingliche Haftung des Grundstücks. Mit dem Wegfall der Forderung wird dagegen die gewöhnliche Verkehrshypothek regelmäßig nicht aufgehoben, es wird nur das Recht des bisherigen Gläubigers der Forderung verloren gehen, wegen dieser die Befriedigung aus dem Grundstück zu verlangen. Dadurch wird die Hypothek nicht ungültig; sie wird aber jetzt dem Eigentümer zustehen[1]). Dann werden die Bauhandwerker rechtlich in der Lage sein, diese Eigentümerhypothek zu ihrer Befriedigung zu pfänden und bei sonstiger fehlender Deckung das Grundstück mit Erfolg zur Zwangsversteigerung zu bringen.

Wird der Bau mit fremdem Baugeld errichtet, so kann der Bauhandwerker die Forderung des Baugeldempfängers gegen den Baugeldgeber in Anspruch nehmen. Nur ist zu beachten, daß der Baugeldgeber insoweit eine gültige Hypothek erworben hat, als ihm ein Rückforderungsrecht auf Grund der wirklich erfolgten Hingabe der Gelder zusteht, einerlei ob diese zur Befriedigung der Baugeldgläubiger verwendet worden sind oder nicht. Insoweit eine Zahlung erfolgt ist, ist auch das Forderungsrecht des Empfängers gegen den Baugeldgeber erloschen[2]). Soweit jedoch die Valuta noch nicht ausbezahlt ist, kann der Baugeldgeber auf Grund eines vollstreckbaren Titels das Darlehen pfänden lassen.

Die Erlangung eines Pfändungstitels wird, wie die sonstigen Mittel des Bürgerlichen Gesetzbuches, die Baugläubiger meist in zweifelhafte und langdauernde Prozesse verwickeln, ihnen aber keineswegs das geben, was sie bedürfen, nämlich schnelle Befriedigung. Sie würden jedoch auch schon zufrieden sein, wenn ihnen die Erlangung ausreichender Sicherung ihrer Forderungen möglich wäre. Einem solchen Zweck dient die Ausbringung eines dinglichen Arrestes[3]). Sein Zweck ist zu verhindern, daß der Bauherr die Zeit bis zum Vorliegen eines Vollstreckungstitels nicht dazu benutzt, um geeignete Sicherungsobjekte beiseite zu schaffen und dadurch die spätere Zwangsvollstreckung zu vereiteln. (§ 917 ZPO.) Es bedarf aber von Seiten des Baugläubigers einer Glaubhaftmachung sowohl dieses Arrestgrundes, wie des Anspruches, der zwar nur bedingt zu sein braucht und demnach eine Vollendung der Arbeiten nicht voraussetzt. Er kann aber nicht etwa allein die schlechte finanzielle Lage

---

[1]) vgl. JW. 1907, S. 736; Zentral-Bl. Bd. 7 S. 540; Henle, Recht 1909, S. 386; Staudinger III, § 1163, Ziff. 4, c, S. 803.

[2]) Der gutgläubige Zessionar des Baugeldgebers kann die Baugeldhypothek, wenn sie nicht als Sicherungshypothek eingetragen ist, ohne Rücksicht auf wirklich erfolgte Baugeldgewährung geltend machen. (§§ 1138, 893 BGB.)

[3]) Ob nach § 10 Ziff. 2 ZVG., wonach bei einem land- oder forstwirtschaftlichen Grundstücke die in einem Dienst- oder Arbeitsverhältnis stehenden Personen wegen ihrer Lohnforderungen ein Recht auf Befriedigung aus dem Grundstücke haben, die Unternehmer von Bauarbeiten einen gleichen Anspruch haben, ist zu verneinen, da hier nur land- und forstwirtschaftliche Arbeiten, nicht Bauarbeiten geschützt werden sollen. Dasselbe gilt nach § 61 Ziff. 1 KO., vgl. Drost, 12.

der Bauherrn anführen; auch genügt nicht, daß er vorbringt, ohne Verhängung des Arrestes würden andere bereits mit einem Vollstreckungstitel versehene Gläubiger durch schleunige Pfändung alle Befriedigungsgegenstände wegnehmen[1]). Gelingt es jedoch den Baugläubigern, die Anordnung des Arrestes zu erreichen, so besteht seine Vollziehung in der Eintragung einer Sicherungshypothek auf dem Baugrundstück für die Forderung. (§ 932 ZPO.) Bei der üblichen Belastung des Baugrundstücks mit der Restkaufgeld- und Baugeldhypothek schon vor Abschluß der Bauverträge wird ein weiteres, diesen Hypotheken nachstehendes Pfandrecht den Baugläubigern wenig Nutzen bringen, weil der Wert des gesamten Anwesens durch die gültige Haftung ergriffen wird.

Die in dem Bürgerlichen Gesetzbuch gegebene Sondervorschrift des § 648 kann den Bauhandwerkern aus dem gleichen Grunde ebensowenig eine ausreichende Sicherung gewähren.

Das ihnen hier gewährte Sicherungsmittel besteht in einem gesetzlichen, persönlichen Anspruch auf Bestellung einer Sicherungshypothek. Dieser sogenannte Hypothekentitel gibt nicht ohne weiteres eine Hypothek, sondern berechtigt nur den Werkunternehmer, im Falle der Weigerung des Grundstückseigentümers Klage auf Abgabe der Einwilligung in die Bestellung der Sicherungshypothek zu erheben. Ein Vorzugsrecht vor älteren oder anderen dinglichen Belastungen des Baugrundstücks ist dieser Hypothek nicht vom Gesetz beigelegt worden. Selbst wenn daher der Unternehmer sogleich nach Abschluß des Werkvertrages sich den Rang seiner künftigen Hypothek durch Eintragung der Vormerkung ins Grundbuch sichert (vgl. §§ 883, 885, 888 BGB.), so wird das Baugrundstück, da es schon vor Beginn des Baues und vor Abschluß der Werkverträge mit der Restkaufgeld- und Baugeldhypothek belastet zu werden pflegt, keine genügende Sicherheit für eine weitere Belastung bieten. Meist wird auch erst der Bauhandwerker, wenn er den Charakter des Bauunternehmens durchschaut und keine Befriedigung erlangt hat, nach Vollendung seiner Arbeiten zu dem letzten ihm bleibenden Sicherungsmittel des § 648 greifen, um bald zu erfahren, daß auch dieses nutzlos ist. Da in einem derartig späten Zeitpunkt des Baues die Baugelder in voller Höhe als Hypothek bereits eingetragen sind und bei einer Zwangsversteigerung fast nie der Wert des Grundstücks ausgeboten wird, wird für die an letzter Stelle stehende Werkmeisterhypothek keine Aussicht auf Befriedigung bestehen.

Der Rechtsschutz des § 648 BGB. ist neben seiner beschränkten Wirkung auch noch hinsichtlich seines Anwendungsgebietes in Bezug auf die berechtigten Personen an zu enge Grenzen gebunden. Er steht nur dem Werkunternehmer zu, der auf Grund eines mit dem Eigentümer geschlossenen Werkvertrages Arbeiten in das Grundstück geleistet hat, und zwar in Höhe der wirklich geleisteten Arbeit. Er steht demjenigen nicht zu, der nicht mit dem Eigentümer selbst, sondern mit dem Haupt- oder Unterunternehmer in ver-

[1]) RGE. Bd. 3, S. 416 ff..

tragliche Beziehung getreten ist. Deshalb ist oft die Eintragung der Sicherungshypothek unmöglich. Da zur Bewilligung der Hypothek nur der Besteller des Werkes, wenn er Eigentümer des Grundstücks ist, passiv legitimiert ist, so ist, wenn der Eigentümer, bevor der Unternehmer den Anspruch auf Einräumung der Hypothek geltend macht, das Grundstück an einen anderen auflässt, das Sicherungsmittel des § 648 ausgeschlossen[1]). Das Gleiche gilt dann, wenn zwar beim Beginn der Rechtshängigkeit zur Zeit der Erhebung der Klage, nicht aber mehr zur Zeit der Verkündung des die Eintragungsbefugnis aussprechenden Urteils das Grundstück im Eigentum des Bestellers steht[2]). Der Werkunternehmer muß daher nicht allein ein rechtskräftiges Urteil gegen den Besteller erwirkt, er muß auch auf Grund dieses Urteils den Eintragungsantrag beim Grundbuchamt vor der Veräußerung und Umschreibung des Grundstücks gestellt haben. Denn sonst wird das Recht des Bestellers nicht mehr durch die Eintragung getroffen; er ist nicht mehr derjenige, der nach § 19 GBO. die Eintragung zu bewilligen hat. Eine Abhilfe gegen diese Gefahr wird die Eintragung der Vormerkung zur Sicherung der Werkmeisterhypothek bilden. Ist der Besteller wegen der Veräußerung außerstande, dem durch die Vormerkung gesicherten Anspruch nachzukommen, so kann der eingetragene Erwerber oder sein Erbe zur Erteilung der Zustimmung angehalten werden, die zur Verwirklichung des durch die Vormerkung gesicherten Anspruchs des § 648 BGB. erforderlich ist. (§ 888 BGB.)[3]).

Durch die Beschränkung des Sicherungsanspruchs auf den Unternehmer sind die gesamten Bauarbeiter nicht berücksichtigt, die auf Grund eines Dienstvertrages mit dem Bauherrn oder einem Unternehmer am Bau tätig geworden sind. Der Anspruch ist auch nicht beim Vorliegen von Lieferungskäufen gegeben, so daß für die große Anzahl der Lieferanten von Baumaterialien dieses Sicherungsmittel versagt. Dabei muß noch beachtet werden, daß es gleichgültig ist, ob es sich um die Lieferung fertiger oder erst herzustellender Sachen handelt, wodurch auch Bauhandwerker betroffen werden, die nur die Herstellung von Gegenständen übernommen haben, die von dem Besteller angebracht oder eingefügt werden sollen.

Der Sicherungsanspruch des § 648 BGB. ist wegen der erwähnten Grenzen seiner Wirksamkeit ungeeignet, zu einer Befriedigung der Bauforderungen zu führen und so eine Abhilfe gegen die im Baugewerbe bestehenden Mißstände zu bilden. Denn gerade gegen die Ursachen dieser Mißstände gibt der Anspruch kein Mittel. Er ist weder eine Abwehr gegen die Ausschaltung und Unterdrückung des vermögenslosen und unehrenhaften Bauunternehmers, der sich die Bauausführung übertragen läßt, um aus dem für den Bau bestimmten Gelde seine privaten Bedürfnisse zu befriedigen und durch sein Dazwischentreten dem Grundstückseigentümer oder Baugeld-

---

[1]) Staudinger § 648 Ziff. 5b, S. 1126; Oertmann Bem. 4 b; a. M. Riezler, der Werkvertrag n. d. BGB. für das Deutsche Reich 1900 S. 156.

[2]) vgl. Eccius in Gruchots Beiträge Bd. 44, S. 765; Biermann, Das Sachenrecht des BGB. Berlin 1903 § 888 Bem. 6.

[3]) OLG. Bd. 4 S. 237; Bl. f. R. A. (KG.) Bd. 73, S. 836; RGE. Bd. 27, S. 238.

geber, mit denen er unter einer Decke steckt, mühelos eine beträchtliche Werterhöhung des Grundstücks oder die Realsicherung für seine Hypotheken zu verschaffen, noch gegen die übermäßige Belastung des Baugrundes mit den üblichen Grundschulden.

Gegen das Eindringen von untüchtigen und unehrenhaften Elementen in das Bauwesen sind durch die Gewerbeordnung für das Deutsche Reich vom 7. Januar 1907 (RGBl. S. 3) Maßregeln getroffen worden, die als Mittel für die Bekämpfung des Bauschwindels angesehen werden können. Hierdurch wird den Behörden das Recht gegeben, Bauunternehmern, die sich als unzuverlässig erwiesen haben, das Recht zur Ausführung von Bauten zu entziehen. Zu einer Beseitigung der Gründe, die eine Schädigung der an der Herstellung von Bauten beteiligten Personen nach sich ziehen, kann diese in der Gewerbeordnung getroffene Maßregel nicht führen [1]).

[1]) vgl. §§ 35 Abs. 5; 35 a, 54 Abs. 4. Darüber unten § 15 dieser Arbeit.

II. Teil.
Die Ausgestaltung.

1. Abschnitt: Allgemeines.

§ 4. Vorgeschichte und Inhalt.

Die Eigenart der wirtschaftlichen und rechtlichen Verhältnisse im Baugewerbe läßt es erklärlich erscheinen, daß eine Abhülfe der Mißstände nicht von dem gerade während ihres Hervortretens in der Entstehung begriffenen Bürgerlichen Gesetzbuch, sondern in erster Linie von einem Sondergesetz erwartet wurde. Dieses Verlangen war sowohl in der Bedeutung der erstrebten Ausnahmevorschrift für einen kleinen Teil der Bevölkerung begründet, wie in der Schwierigkeit der Ausgestaltung des Schutzes, der den auf wirtschaftlichen und rechtlichen Gründen beruhenden Mißständen im Baugewerbe gleichzeitig entgegentreten sollte. Daher war nicht so sehr die Frage, ob überhaupt, sondern vorwiegend, in welcher Weise eine gesetzliche Regelung einzugreifen habe, der Gegenstand der widersprechendsten Erwägungen, die von Vertretern der Rechtswissenschaft und Rechtspflege, von Gewerbetreibenden, Volkswirten, Staatsmännern und Mitgliedern der Parlamente in einer großen Zahl Schriften und Reden zum Ausdruck gebracht wurden [1]).

Trotz der Schwierigkeit, zuverlässige statistische Ermittelungen über die Handwerkerverluste zu erlangen, war die Tatsache schwerer Mißstände im Baugewerbe unleugbar. Als jedoch die Ursachen des Notstandes durch die zahllosen Aufklärungsschriften und die Bestrebungen nach einem Bauhandwerkerschutzrecht im Volke bekannt wurden, zweifelte man, ob überhaupt noch das Eingreifen des Gesetzgebers notwendig sei, da das Abnehmen der Klagen auf eine Bes-

[1]) vgl. Francke, Für die Bauforderungen, Kritik und Gegenentwurf, Hannover 1908; Janker, Der Entwurf eines Gesetzes über die Sicherung der Bauforderungen, seine geschichtliche Entwikelung und bisherige Kritik. Diss. Erlangen 1909; Entwürfe eines Reichsgesetzes betr. die Sicherung der Bauforderungen und eines preußischen Ausführungsgesetzes nebst Begründung. Amtliche Ausgabe, Berlin 1897. Entwürfe eines Reichsgesetzes betreffend die Sicherung der Bauforderungen nebst Begründung und einer Übersicht der Äußerungen, welche zu dem im Jahre 1897 veröffentlichten Gesetzentwurf ergangen sind. Berlin 1901. Entwurf eines Gesetzes über die Sicherung der Bauforderungen, Drucksachen des Reichstages Nr. 365, 12. Legislatur-Periode, I. Session 1907. Bericht der 13. Kommission zur Vorbereitung des Gesetzentwurfes über die Sicherung der Bauforderungen. Drucksachen des Reichstags Nr. 1275, 12. Legislatur-Periode, I. Session 1907/09. Verhandlungen des Reichstages, Sten. Ber. 1907, S. 1831 ff. 1908/09 Bd. 236, S. 8235 ff.

serung in den Verhältnissen schließen ließ. Man folgerte daraus, daß das Baugewerbe wieder in durchaus zuverlässige Bahnen gelenkt worden sei. Der Heilungsprozeß habe begonnen in dem Augenblick, in welchem die Mißstände zur öffentlichen Besprechung gebracht seien und werde sich bald vollenden [1]).

Allerdings kann man von vornherein zugestehen, daß die schlimmsten Auswüchse durch die größere Umsicht und Vorsicht der Bauhandwerker zu beseitigen sind. Dennoch wird ihre wirtschaftliche Lage im Kampfe ums Dasein und ihr Bestreben, möglichst lange ihre Selbständigkeit zu bewahren und nicht zum abhängigen Angestellten zu werden, als notwendiges Gegengewicht bei Annahme und Ausführung von unsicheren Aufträgen in Betracht gezogen werden müssen. Dazu kommt, daß die beiden Hauptursachen für die Schädigung der Handwerker uneingeschränkt bestehen bleiben: Die Art und das Vorgehen der Bauunternehmer, sowie die übermäßige Belastung der Baugrundstücke. Damit ist die Möglichkeit eines erneuten Aufblühens des Bauschwindels trotz der zeitweisen Besserung keineswegs ausgeschlossen. Es bestand daher für die Gesetzgebung die Pflicht, ein für allemal durchgreifende Maßregeln zu schaffen, umsomehr als die Notlage im Baugewerbe wesentlich mit bedingt ist durch privatrechtliche Rechtsgrundsätze, die in ihrer allgemeinen Gültigkeit notwendig und erforderlich, im städtischen Bauwesen jedoch von unheilvoller Wirkung sind und insofern ein Einschreiten vom sozialpolitischen Standpunkte geboten.

Während ein Bedürfnis nach einer Schutzgesetzgebung beim Vorliegen der bestehenbleibenden Gründe für die Mißstände im Baugewerbe ohne nähere Darlegung des Umfanges der Verluste vorwiegend bejaht wurde, war die Frage nach der gesetzgeberischen Lösung eine sehr umstrittene. Die Vorschläge, die für die Art der Ausgestaltung eines Schutzrechtes gemacht wurden, waren mannigfaltigster Art [2]) und griffen in das Gebiet des Sachenrechts, des Obligationenrechts, Strafrechts, Gewerbe- und Verwaltungsrechts, Prozeßrechts, sowie in verwandte Rechtsgebiete ein [3]).

Die vorgeschlagenen Maßregeln kann man in solche scheiden, die im wesentlichen durch eine die Vorgänge bei dem Bau begleitende Fürsorge öffentlicher Organe Besserung erstrebten und in solche, die in wesentlichem auf dem Wege des Bürgerlichen Rechts, nämlich durch eine dem freien Entschluß, der selbständigen Tätigkeit der Bauhandwerker überlassene Handhabe des Bürgerlichen Rechts helfen wollten. Die letzteren Vorschläge bezweckten, teils den Handwerkern unmittelbar zur Befriedigung zu verhelfen, teils ihnen eine ausreichende dingliche Sicherung zu schaffen.

In den zahlreichen Eingaben an die parlamentarischen Körperschaften des Reiches und der Bundesstaaten wurden diese Vorschläge als geeignete Mittel für die Abstellung der Übelstände hin-

---

[1]) vgl. Verh. d. RT. 1908/09, S. 8247.

[2]) Freese zählt bereits bis zum Jahre 1894 in seinem Pfandrecht S. 170 ff. 20 Vorschläge auf und bemerkt 1901 in „Das Pfandrecht der Bauhandwerker" S. 170, daß sich die Zahl inzwischen verdoppelt habe. vgl. Pfandrecht Anhang XIV.

[3]) vgl. Drucksachen des RT. Nr. 365, S. 111 ff.

gestellt. Die Körperschaften selbst befaßten sich wiederholt und eingehend mit der Lösung der Bauhandwerkerfrage. Mehrfach wurde, zuerst in dem preußischen Herrenhaus, das Bedürfnis nach einem Sonderrecht für die Bauhandwerker anerkannt. Im Jahre 1892 und 1895 wurden Petitionen der Regierung zur Berücksichtigung überwiesen.[1]) Auch dem preußischen Abgeordnetenhaus wurde von dem Bunde für Bodenbesitzreform eine von vielen Innungen unterstützte Eingabe überreicht. Im Gegensatz zum Preußischen Herrenhaus wurde hier jedoch ein Bedürfnis nach einem Eingreifen der Gesetzgebung verneint[2]). Zur Bekämpfung der tatsächlich bestehenden Übelstände wurde die Gewährung einer dem preußischen Rechte entsprechenden Werkmeisterhypothek oder eine Reform der Wuchergesetzgebung für hinreichend erklärt. Die Bildung eines bevorzugten Pfandrechts wurde entschieden abgelehnt. Auch ein Jahr später (1893) wurde mit Rücksicht auf die in Aussicht genommene reichsgesetzliche Regelung „über die Eingabe der Bodenreformer zur Tagesordnung übergegangen“[3]). Noch im Jahre 1895 wurde trotz wiederholter Eingaben die Gewährung eines Vorzugsrechtes als bedenklich bezeichnet und die Petitionen der Regierung zur Erwägung übergeben[4]). Erst im folgenden Jahre wurde der Antrag Wallbrecht vom Plenum einer Kommission überwiesen und mit geringen Änderungen angenommen[5]). Dieser Antrag ließ die Erteilung der Bauerlaubnis davon abhängig sein, daß der sie erbittende Bauherr entweder nach der Ansicht eines Bauschöffenamtes, das aus einem besoldeten Gemeindebeamten als Vorsitzendem und aus Bauhandwerkern als Mitgliedern bestehen sollte, für zahlungsfähig gehalten wurde, oder für den vollen Betrag der Baukosten Sicherheit leistete. Hatte der Bauherr die Erlaubnis erhalten, so sollte er, ebenso wie die Sicherheit, für alle durch die Ausführung des Baues entstehenden Ansprüche haften, auch dann, wenn die Bauverträge nicht mit ihm persönlich abgeschlossen waren oder das Baugrundstück veräußert wurde und ein anderer Bauherr eintrat. Auf Beschluß des preußischen Abgeordnetenhauses wurde die Regierung ersucht, einen Gesetzentwurf für die Beseitigung der Mißstände im Baugewerbe unter Zugrundelegung dieses Antrages Wallbrecht vorzulegen, in welcher Weise für die Forderungen der Bauhandwerker, Lieferanten und Arbeiter ein wirksamer Schutz gebildet werden könne. Durch dieses Vorgehen wurde offenkundig, daß auch das preußische Abgeordnetenhaus von den Mißständen im Baugewerbe überzeugt war, und nicht mehr als gesetzgeberische Maßnahme gegen diese Schäden der preußische Hypothekentitel für genügend gefunden wurde.

Auch im Reichstag wurde in der Sitzung vom 22. Januar 1896 fast einstimmig beschlossen „die verbündeten Regierungen zu ersuchen, einen Gesetzentwurf vorzulegen, durch welchen die Bau-

---

[1]) Sten. Ber. 1892, S. 281—83 1895 42—49.
[2]) Drucks. 1892, Nr. 19, Nr. 249.
[3]) vgl. Oertmann, Conrads Jahrb. Bd. 60, 397 ff.
[4]) Drucks. 1895, Nr. 270.
[5]) Drucks. 1896 Nr. 99, Sten. Ber. 1896, S. 1896, 2222—2237.

handwerker und Bauarbeiter für ihre aus Arbeiten und Lieferungen an Neu- und Umbauten erwachsenen Forderungen gesichert werden“ [1]). Die Notwendigkeit eines Handwerkerschutzrechtes war damit auch im Reichstag anerkannt [2]). Es wurden sogar die Vorschläge auf Einräumung erhöhter dinglicher Sicherung befürwortet [3]). Ein gesetzliches Pfandrecht an der unbeweglichen Sache sollte den Bauhandwerkern gewährt werden, das den durch ihre Leistungen geschaffenen, durch gerichtliche Schätzungen festzustellenden Mehrwert erfassen und allen hypothekarischen Ansprüchen vorgehen sollte, „soweit sie den gerichtlich festzusetzenden Wert der Liegenschaft zur Zeit des Baubeginnes überschreiten“.

Die Stellungnahme der Reichsregierung zur Bauhandwerkerfrage war anfangs auch eine ablehnende. Dieser Umstand führte dazu, daß sogar der im größten Teil Deutschlands bestehende partikularistische Rechtsschutz im 1. Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuches durch Nichtaufnahme beseitigt wurde. Jedoch erreichte die immer stärker werdende Bewegung zur Herbeiführung einer Schutzgesetzgebung, daß im 2. Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuches in § 574 ein einfacher Hypothekentitel aufgenommen wurde. Darin konnte aber kein befriedigendes Ergebnis gesehen werden. Doch sowohl die Reichsregierung, wie die preußische Regierung widerstanden den weitergehenden Forderungen der Bauhandwerker. Als jedoch im Jahre 1894 der gesetzlichen Regelung endlich näher getreten wurde [4]), wurde zunächst die Frage aufgeworfen, ob die Regelung reichs- oder landesgesetzlich erfolgen solle. Nicht weniger war man über die Art und Weise der Sicherungsmittel zweifelhaft. Zu beachten blieb immer, daß entgegengesetzte, in vielen Fällen berechtigte Interessen zu berücksichtigen waren. Dazu durfte in das bestehende Grundbuchrecht nicht eingegriffen werden, wenn nicht infolge einer Durchbrechung des Eintragungsprinzips eine schwere Gefährdung des Grundstücks- und Hypothekenverkehrs eintreten sollte. Deshalb glaubte man den Schutz der Handwerker auf andere Weise, wie durch Ausdehnung der Buchführungspflicht, durch Überwachung der Baugeldverwendung, durch gewerberechtliche Bestimmungen usw. erreichen zu können. Da aber die Bestrebungen der Handwerker in erster Linie nach einem dinglichen Schutzrecht gingen, auch eingesehen wurde, daß hierin die wirksamste Maßnahme gegen den Bauschwindel zu sehen sei, bestand der erste gesetzgeberische Versuch einer Lösung der Bauhandwerkerfrage in einer gleichzeitigen Aufstellung von 5 Entwürfen durch das preußische Justizministerium, die sich sämtlich auf sachenrechtlicher Grundlage bewegten [5]). Da es sich bei diesen Entwürfen jedoch keineswegs um technisch durchgearbeitete Gesetzentwürfe sondern lediglich um

---

[1]) Sten. Ber. 1895/97, Bd. 1. S. 472 ff., Anlagen 1895/97 Nr. 36 (Antrag Bassermann).

[2]) vgl. schon Drucks. 1893/94 Anlagen Nr. 126.

[3]) Sten. Ber. 1895/97 Bd. 1, 472; Anlagen 1895/97 Nr. 36, 39; Sten. Ber. 1904, 1306 ff.

[4]) vgl. Sten. Ber. des RT. 1894, S. 476; 1895/97, S. 472.

[5]) vgl. Drucks. des Hauses der Abgeordneten 1895 Nr. 270, S. 6 ff.

Skizzen handelte, um durch schriftliche Fixierung des Hauptgedankens ein besseres Verständnis für die gesetzgeberische Lösung der Bauhandwerkerfrage zu gewinnen, war auch diesen Versuchen ein praktischer Erfolg nicht beschieden. Kurze Zeit später wurde auf Grund der Reichstagssitzung vom 22. Januar 1896 und auf Veranlassung des preußischen Staatsministeriums durch eine Kommission, die aus Vertretern der Reichsämter der Justiz und des Innern und der beteiligten preußischen Staatsministerien bestand, ein durchgearbeiteter Entwurf eines Reichsgesetzes betreffend die Sicherung der Bauforderungen und zugleich eines Entwurfs eines preußischen Ausführungsgesetzes zu diesem Gesetze veröffentlicht. Wiederum sollte es sich nicht um eine endgültige amtliche Regelung der Materie handeln, vielmehr sollte nur den beteiligten Kreisen nochmals Gelegenheit zu eingehender Kritik gegeben werden, um auf Grund der Urteile und Vorschläge zu einer weiteren Beschlußfassung zu gelangen.

Nach dem Entwurfe vom Jahre 1897 war nur in den durch landesherrliche Verordnung bestimmten Gemeinden oder Gemeindeteilen und nur für Neubauten eine Sicherung der Bauforderungen vorgesehen. Der Grundgedanke dieses Entwurfes bestand in der Gewährung einer bevorzugten Hypothek für die Forderungen der Bauunternehmer und Bauarbeiter. Das Vorrecht erstreckte und beschränkte sich auch hier auf den durch ihre Leistungen geschaffenen Mehrwert.

Durch die Bestimmungen dieses Entwurfes wurde zu Gunsten der Bauhandwerker die wirtschaftliche Bewegungsfreiheit der Grundbesitzer und der als Baugeldgeber in Betracht kommenden Kapitalisten und Banken eingeschränkt. Aber auch die Bauhandwerker sahen in der vorgeschlagenen Regelung nur eine Abschlagsleistung. Sie beanspruchten ein unbedingtes Vorrecht vor den früheren Hypotheken und auch vor der Baugeldhypothek als allein ausreichende Sicherung. Auch von der Mehrzahl der Handelskammern und einer großen Zahl unbeteiligter Beurteiler erfuhr der Entwurf eine ungünstige Besprechung [1]).

Diese Kritik veranlaßte die Regierung in eine nochmalige eingehende Prüfung des Gesetzentwurfes einzutreten. In einer auf gleiche Weise, wie die erste, besetzten Kommission wurde einer Reihe von Bedenken durch Abänderung Rechnung getragen. In einigen grundlegenden Punkten war jedoch in der Kommission keine Uebereinstimmung zu erzielen. Daher war das Ergebnis der Beratungen die gleichzeitige Aufstellung zweier Entwürfe.

Beide Entwürfe hielten an dem Grundsatze fest, daß den Baugläubigern eine Sicherungshypothek an dem Baugrundstück nur im Umfange der durch den Bau geschaffenen Werterhöhung zu gewähren sei (§ 8) und gestalteten dieses Sicherungsmittel in gleicher Weise aus. Als wichtige Änderung wurde ein Treuhänder eingeführt, der die Verteilung der Baugelder unter die Baugläubiger gewährleisten sollte. (§ 22). Eine Klarlegung der Verhältnisse sollte durch die

[1]) vgl. Entwurf 1901 S. 90—163; Verh. des 24. deutschen Juristentages Bd. 2 S. 173 ff.; 3. S. 51 ff., 103 ff.; Bd. 4, S. 35 ff.; Oertmann, Archiv Soz. G. Bd. 12, S. 35—74; Munck, Gruchots Beitr. Bd. 42, S. 396 ff.

dem amerikanischen Rechte entnommene Bestimmung herbeigeführt werden, daß die zwischen dem Eigentümer der Baustelle oder einem Generalunternehmer und den Bauhandwerkern abgeschlossenen Bauverträge veröffentlicht werden sollten. (§ 7). In einzelnen wichtigen Punkten wich der Entwurf B von dem Entwurf A ab. Der erstere zog die kaufmännischen Lieferanten und die Personen, die nicht mit dem Eigentümer des Grundstücks, sondern mit dem Haupt- oder einem Unterunternehmer kontrahiert hatten, in den Kreis der Baugläubiger, die auf Sicherung Anspruch haben sollten. (§ 6 ff.) Auch enthielt der Entwurf B eine Vorschrift, nach der eine Sperrung des fünften Teils des Baugeldes zulässig war. (§ 21 Abs. 2). Dieser sollte unter die Baugläubiger nach Maßgabe ihrer Forderungen anteilsmäßig verteilt werden.

Die Veröffentlichung der Entwürfe brachte wiederum teils eine ablehnende teils eine befürwortende Beurteilung [1]). Es wurden Bedenken vorgebracht, die die maßgebenden Behörden veranlaßten, die Ausarbeitungen nicht den gesetzgeberischen Faktoren vorzulegen, sondern unter Zugrundelegung des Entwurfs B im Gegensatz zu den bisherigen, die lediglich Kommissionsarbeiten und vorwiegend privaten Charakters waren, einen amtlichen, von einem Organ der Gesetzgebung schon gebilligten Gesetzentwurf aufzustellen.

Im Herbst 1905 war dieser letzte Entwurf dem Bundesrat vorgelegt worden, und er gelangte am 11. November 1906 vor den Reichstag. Infolge der alsbaldigen Auflösung des Reichstages wurde die Vorlage nicht erledigt. Der Entwurf wurde jedoch unverändert dem neugewählten Reichstag zur verfassungsmäßigen Beschlußnahme vorgelegt. Die erste Beratung der Vorlage fand am 27. November 1907 statt [2]). Ihr Ergebnis war die Verweisung des Entwurfes zur Vorberatung an eine Kommission von 21 Mitgliedern, die ihn zwar grundsätzlich billigte, aber daneben verschiedene Abänderungen und Ergänzungen vornahm.

Der Grundgedanke blieb im wesentlichen bestehen. Die an der Herstellung eines Neu- oder Ersatzbaues beteiligten Personen, welche durch ihre Arbeit oder durch ihre Lieferung für den Bau den Wert der Baustelle erhöht haben, nehmen an dieser von ihnen geschaffenen Werterhöhung teil. Die Sicherung der Bauforderungen geschieht durch Eintragung eines sogen. Bauvermerks vor Beginn des Baues. Dieser Bauvermerk dient als Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs der späteren Baugläubiger auf Eintragung der ihnen gebührenden Bauhypothek (§§ 11, 33 Bauf. S. G.) Diese dingliche Sicherung unterbleibt bei Hinterlegung einer Sicherheit in Höhe eines Drittels der vermutlichen Baukosten (§ 12, Abs. 1) und bei Bebauung von Grundstücken des Fiskus, öffentlicher Körperschaften, der Landesherren usw. Hier haften die Grundstückseigentümer persönlich in Höhe eines Drittels der Baukosten (§ 12 Abs. 2, 3).

---

[1]) vgl. Drucksachen des Reichst. Nr. 365, S. 50—124; Oertmann Arch. f. Bürgl. Recht Bd. 20, S. 252 ff.; Heymann a. a. O. Bd. 22, S. 389 ff.; Biberfeld, die Sicherung der Bauforderungen 1902; Verh. d. 26. deutschen Juristentages Bd. 2, S. 54 ff., S. 205 ff., Bd. 3, 56 ff.

[2]) vgl. Sten. Ber. 1907 S. 1830 ff.

Diese im 2. Abschnitt des Gesetzes (§§ 9—67) geregelte dingliche Sicherung der Bauforderungen tritt nur auf Grund landesherrlicher Verordnnng in bestimmten Gemeinden in Kraft. (§ 9). Neben dieser Sicherung wurden von der Reichstagskommission „Allgemeine Sicherungsmaßregeln" geschaffen, die als 1. Abschnitt (§§ 1—8) dem Gesetz eingefügt wurden, und deren Geltung an den Erlass von Verordnungen nicht gebunden wurde. Diese Maßregeln bestanden in der Anordnung einer Baugeldverwendungs-, Buchführungs- und Anschlagspflicht. § 2 d. G. legt die Verpflichtung zur Führung eines Baubuchs demjenigen auf, der die Herstellung eines Neubaues im Sinne des Gesetzes (§ 2 Abs. 2) oder eines Umbaues (§ 3) unternimmt und entweder Baugewerbetreibender ist oder sich für den Neubau Baugeld gewähren läßt. Die Pflicht zur Anbringung eines Anschlags trifft den Bauleiter. Aus dem Anschlag müssen die persönlichen Verhältnisse des Eigentümers und Unternehmers ersichtlich sein. (§ 4). Die Außerachtlassung beider Pflichten wird unter gewissen Voraussetzungen bestraft. (§§ 6, 7).

Die wichtigste dieser allgemeinen Sicherheitsmaßregeln ist die Baugeldverwendungspflicht. Bei der Darstellung der Gründe für die Mißstände im Baugewerbe war als einer der Hauptursachen an den gerügten Mängeln die wirtschaftliche Gestaltung des Bauwesens hervorgehoben worden. Deshalb mußte versucht werden, zunächst hier den an der Errichtung von Bauten beteiligten Personen zu helfen. Es wurden daher Sicherungsmaßregeln erwogen, die von vornherein dem Entstehen eines Vermögensschadens vorbeugen sollten und in erster Linie dahin gingen, das für Bauzwecke bebestimmte Geld auch tatsächlich denjenigen Personen zuzuführen, die Arbeit und Material zur Herstellung des Baues aufgewendet haben. Das geschah oft nicht. Der Empfänger von Baugeld konnte nach dem bisherigen Recht über den Anspruch auf Auszahlung der Baugelder durch Zession, Verpfändung anderweitig verfügen und der Baugeldgeber dies gutheißen, ohne die dingliche Sicherung durch das Grundstück einzubüßen. Der Unternehmer konnte das Baugeld auch nach Auszahlung bestimmungswidrig verwenden, nicht nur zur Bezahlung der Kosten der Auflassung, der Umsatzsteuer und Abschlußprovision, sondern auch zu eigenem Vorteil, zur Bezahlung von Schulden oder zur Ermöglichung eines persönlichen Aufwandes.

In richtiger Erkenntnis dieser häufig vorkommenden Baugeldentfremdung und des begründeten Bestrebens, durch ordnungsmäßige Verwendung der Baugelder einen großen Teil der Baugläubiger durch Bezahlung zu befriedigen, ging man so weit, die Hinterlegung einer Sicherheit bei der Baupolizei- oder Grundbuch- und Hypothekenbehörde zu verlangen. Es wurde die Stellung einer Kaution in Höhe des Baugeldes oder eines gewissen Prozentsatzes der Baukosten oder einer bestimmten Summe, etwa 1,50 Mark pro Quadratfuß, oder sogar der gesamten Baukosten vor Beginn des Baues gefordert. Diese Sicherheit sollte den Baugläubigern bis nach Vollendung des Baues und bis nach erfolgter Abrechnung zwischen dem Bauunternehmer und den Bauhandwerkern haften

oder ihnen, falls ihre Forderungen nicht in gewisser Zeit beglichen waren, zur Verfügung stehen und im Wege des Verteilungsverfahrens zu ihrer teilweisen Befriedigung verwendet werden.[1])

Bei der tatsächlichen Undurchführbarkeit dieser Vorschläge und der Erfahrung, daß die Mehrzahl der Bauten nicht mit eigenem Gelde des den Bau errichtenden Bauherrn oder Unternehmers, sondern mit geliehenem Gelde aufgeführt zu werden pflegen, wollte man einen staatlichen Treuhänder zwecks Empfangnahme und anteilsmäßiger Verwendung der Baugelder als Mittelsperson dazwischenschieben.[2]) Oder der Baugeldempfänger sollte gezwungen werden, seine Baugeldforderung einem zuverlässigen Zessionar abzutreten, der auf Anweisung und für Rechnung des Empfängers die Baugläubiger wegen ihrer vertragsmäßigen Forderungen aus dem Baugelde befriedigen sollte. Zur Ausübung dieser Befugnisse schlug man die Bildung eines Gemeindeamtes, des „Baugeldamtes", vor.[3]) Man empfahl auch die Einsetzung eines Bauausschusses, gebildet aus dem Baustellenbesitzer, dem Baugeldgeber und zwei Vertretern der Baugläubiger. Dieser Bauausschuß sollte dem Bauunternehmer und Bauherrn gewissermaßen als Verwaltungsrat zur Seite stehen und das Verteilungsverfahren bezüglich der Baugelder überwachen.[4]) Oder aber man wollte die Erteilung der Bauerlaubnis überhaupt von dem Nachweis durch den Unternehmer abhängen lassen, daß sich sämtliche bei dem Bau beschäftigten Handwerker auf eine Person geeinigt hätten, an die rechtsgültig die Zahlung der Baugelder nach Maßgabe der Bestimmungen des Baugeldvertrages zu geschehen haben sollte. Es sollte aber auch das Einverständnis des Bauherrn genügen, daß die Zahlung der Baugelder nach Maßgabe der Bestimmungen des Baugeldvertrages statt an ihn, an einen vom Staat oder von der Gemeindebehörde zu bestellenden Beamten erfolgen sollte.[5])

Man wollte ferner dem Bauherrn jede Verfügung über das Baugeld nehmen und jedem Baugläubiger einen direkten Anspruch auf Befriedigung aus dem Baugeld in Höhe eines, auf Grundlage gleichen Rechtes für alle, sowie nach Maßgabe eines Anschlags zu berechnenden verhältnismäßigen Anteils an jeder Baugeldrate wegen der vom ihm bis zu ihrer Fälligkeit tatsächlich gemachten Bauleistung gewähren. Die Zahlung der Baugelder sollte auch in gültiger Weise an einen gerichtlich zu bestellenden Treuhänder erfolgen dürfen[6]). Damit würde den Baugläubigern ein gesetzliches Recht auf das Baugeld gegeben und dem Bauherrn dieses Recht abgesprochen werden, gleich als ob mit der Eintragung der Baugeldhypothek diese durch eine gesetzliche Zession auf die Baugläubiger übergegangen wäre. Nicht so weit geht die Forderung, durch gesetz-

---

[1]) vgl. Liman, Richter, Goldschmidt usw. in Drucksachen des Reichstages Nr. 365, S. 123, 124, vgl. auch S. 103 ff. und Entwurf 1901, S. 162.
[2]) vgl. Cohn S. 26 ff.; Goldschmidt in Drucks. des RT. Nr. 365, S. 121, 122.
[3]) vgl. Hirsch, Deutsche Juristenzeitung 1898, S. 378 ff.
[4]) vgl. Grävell in Drucks. d. R. T. Nr. 365, S. 120.
[5]) vgl. Büsing, Drucks. d. RT. Nr. 365. S, 121.
[6]) vgl. Boyens in Verh. d. RT. Nr. 365, S. 116, 117.

liche Bestimmung den Baugeldgeber anzuhalten, dem Bauunternehmer keinen höheren Betrag als 75 0 0 des vereinbarten Baugeldes bis zur Gebrauchsabnahme des Baues auszuzahlen und bis dahin den Restbetrag des Geldes zu Gunsten der Baugläubiger vorzubehalten[1]). Man wünschte aber andererseits sogar, dem Baugeldgeber die Verpflichtung aufzuerlegen, die verschiedenen Baugläubiger gleichmäßig oder in einer bestimmten Reihenfolge aus dem Baugelde zu bedenken[2]). Auch sollte der Anspruch auf eine Baugeldteilzahlung vor der Fälligkeit für nicht pfändbar erklärt werden und jede Erfüllung der Verbindlichkeit seitens des Baugeldgebers, sowie jede Verfügung des Empfangsberechtigten über den Anspruch den Baugläubigern gegenüber ohne Wirkung sein. Zudem sollte der gewerbsmäßige Baugeldgeber vor Erteilung der Bauerlaubnis eine Erklärung ausstellen, in welcher er sich zur Hingabe des Darlehns verpflichtet, und aus der der Gesamtbetrag der Baugelder und einzelner Teilzahlungen ersichtlich sein muß, und diese Erklärung bei der Baupolizeibehörde hinterlegen. Während einer bestimmten Frist sollten die Baugläubiger die vereinbarte Vergütung für ihre in den Bau verwendeten Leistungen bei dem Baugeldgeber anmelden können mit der Wirkung, daß dieser von der alsbald fällig werdenden Teilzahlung einen entsprechenden Betrag einstweilen zurückhalten muß. Erlangt der Baugläubiger binnen 6 Wochen nach der Anmeldung die gerichtliche Pfändung des Anspruchs auf die Baugeldteilzahlung, so gilt das Pfandrecht als mit der Anmeldung bei dem Geldgeber entstanden. Andernfalls tritt die Anmeldung außer Kraft. Die rechtzeitig angemeldeten Ansprüche der Baugläubiger haben unter sich gleichen Rang. Die Verletzung der Verpflichtung über die Niederlegung des Verpflichtungsscheines durch den Baugeldempfänger bewirkt, daß dieser dem Baugläubiger als Bürge haftet[3]). In ähnlicher Weise sucht der der Mechanics Lien-Gesetzgebung der Vereinigten Staaten von Amerika entstammende Vorschlag eine zweckentsprechende Verwendung der Baugelder zu erreichen[4]). Die Aufstellung eines sogenannten Baufonds wird zu den Grundakten überreicht. Als solcher gilt der mit dem Hauptunternehmer vereinbarte Gesamtpreis oder der vor Beginn des Baues aufzustellende Kostenanschlag, wenn der Eigentümer selbst baut, und die von einem Geldgeber gewährten Baugeldbeträge. Diese Aufstellung ist bis zur Befriedigung der Bauforderungen für den Eigentümer und den Geldgeber hinsichtlich ihrer Haftung den Baugläubigern gegenüber maßgebend, die dann eintritt, wenn sie böswillig über Baugelder in zweckwidriger Weise verfügt haben. Diese Gelder sind des weiteren der Zwangsvollstreckung für andere als Bauforderungen entzogen, und Abtretungen des Baugeldanspruches, sowie Anweisungen auf die aus dem Baugeldvertrage entstehenden Forderungen sind den Baugläubigern gegenüber unwirksam, sofern ihre Anmeldung

---

[1]) vgl. Wiener in Drucks. d. RT. Nr. 365, S. 120.
[2]) vgl. Drucks d. RT. Nr. 365, S. 104.
[3]) vgl. v. Schelling im Entw. 1901 S. 155.
[4]) vgl. Salomonsohn, Der gesetzliche Schutz der Baugläubiger in den Vereinigten Staaten von Nordamerika, Berlin 1900, S. 460 ff..

zu den Grundakten unterlassen ist. Ist ihre Anmeldung erfolgt, so werden sie für die Beteiligten erst innerhalb einer Frist nach der Anmeldung wirksam. Der Baufonds wird durch rechtmäßige Zahlungen, die aus ihm zur Befriedigung berechtigter Bauforderungen geleistet werden, der Gesamtheit der Baugläubiger gegenüber gemindert. Die für den zur Deckung der gesamten Baukosten bestimmten Baufonds des Eigentümers gegebenen Vorschriften finden auch für die sogenannten Nachmänner, Baugläubiger des zweiten und weiterer Grade, entsprechende Anwendung. Genaue Bestimmungen gelten für die Anzeigungspflicht der Forderungen bei dem Grundbuchamt und über das Verhältnis der Baugläubiger zu dem Hauptunternehmer, in dessen Anspruch dem Eigentümer oder Geldgeber gegenüber sie einrücken. In anderer Richtung bewegten sich die Vorschläge, die die Bestrafung der ordnungswidrigen Verwendung von Baugeldern oder falscher Angaben über eingetragene Baugelderhypotheken[1]) bezwecken.

Ein gesetzgeberischer Versuch, den Bauhandwerkern den Zugriff auf die Baugelder zu erleichtern, wurde im IV. Entwurf des preußischen Justizministeriums von 1895 gemacht. Danach wurde ihnen ein gesetzliches Pfandrecht an der Baugeldforderung verliehen. Dieses Pfandrecht soll in dem Augenblick entstehen, in dem die Bauhandwerker ihre Ansprüche unter Angabe ihres Grundes und Höchstbetrages dem Baugeldverleiher anzeigen (§ 5). Hat jedoch der Bauhandwerker mit einem Generalunternehmer kontrahiert, so sollte ihnen das Pfandrecht nicht an der Baugeldforderung, sondern an der Forderung des Hauptunternehmers gegen den Bauherrn zustehen (§ 6).

Während keiner der darauf folgenden Entwürfe gegen die zweckwidrige Verwendung der Baugelder Abhülfe traf[2]), kehrte in der richtigen Erkenntnis der Bedeutung dieser Maßnahmen bei der Kritik der Gedanke in den eben erwähnten Formen wieder. Die Reichstagskommission zur Vorberatung des Gesetzentwurfes über die Sicherung der Bauforderungen verschloß sich in der 2. Lesung nicht dieser Forderung der Bauhandwerker[3]). Während jedoch in den Vorschlägen über die gesetzliche Regelung der Baugeldverwendung der Grundgedanke immer wiederkehrte, durch öffentliche Behörden oder durch sonstige öffentliche Kontrolle die Verwendung der Baugelder zu besorgen oder zu bewachen, ging man in der Kommission dazu über, eine persönliche Verpflichtung für die mit fremdem Gelde bauenden Personen zu schaffen und die

---

[1]) vgl. Entw. 1901 S. 161, Drucks. d. RT. Nr. 365, S. 122.

[2]) Auch die außerdeutsche Gesetzgebung, mit Ausnahme des amerikanischen Rechts, kennt keine derartige Maßregel. Die neueste Schutzgesetzgebung des schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 10. XII. 1907 gibt in Art. 827 den Anspruch auf Errichtung eines gesetzlichen Grundpfandes für die Forderungen der Handwerker und Unternehmer, die zu Bauten oder anderen Werken auf einem Grundstück Material oder Arbeit allein geliefert haben, an diesem Grundstück, sei es, daß sie den Grundeigentümer oder einen Unternehmer zum Schuldner haben; ferner Art. 841. vergl. Egger usw. Kom. z. Schweizerischen Zivilgesetzbuch. Das Sachenrecht von Wieland 1909, S. 361 ff. .

[3]) vergl. Kom. Ber. Drucks. d. RT. Nr. 1275, S. 25 ff.

Zuwiderhandlung gegen diese Verpflichtung unter bestimmten Voraussetzungen, namentlich der Benachteiligung der Baugläubiger, unter Strafe zu stellen. Man wollte weder den vertraglich haftenden Schuldner zur vollen Befriedigung der an der Herstellung des Baues beteiligten Personen zwingen, oder die gleichmäßige Verteilung der Baugelder unter die Baugläubiger erreichen oder überhaupt die aus dem Baugeldvertrag erhaltenen Valuta bei Vorhandensein sonstiger Mittel den Baugläubigern zuführen, noch die Verwendung behördlich regeln, sondern durch mittelbaren Zwang auf den Baugeldempfänger einer Entfremdung von Baugeldern vorbeugen.

Die gesetzliche Regelung der Baugeldverwendung enthalten die §§ 1 und 5 [1]) des Bauf. S. G. Sie lauten:

§ 1

Der Empfänger von Baugeld ist verpflichtet, das Baugeld zur Befriedigung solcher Personen, die an der Herstellung des Baues auf Grund eines Werk-, Dienst- oder Lieferungsvertrags beteiligt sind, zu verwenden. Eine anderweitige Verwendung des Baugeldes ist bis zu dem Betrage statthaft, in welchem der Empfänger aus anderen Mitteln Gläubiger der bezeichneten Art bereits befriedigt hat.

Ist der Empfänger selbst an der Herstellung beteiligt, so darf er das Baugeld in Höhe der Hälfte des angemessenen Wertes der von ihm in den Bau verwendeten Leistung, oder, wenn die Leistung von ihm noch nicht in den Bau verwendet worden ist, der von ihm geleisteten Arbeit und der von ihm gemachten Auslagen für sich behalten.

Baugeld sind Geldbeträge, die zum Zwecke der Bestreitung der Kosten eines Baues in der Weise gewährt werden, daß zur Sicherung der Ansprüche des Geldgebers eine Hypothek oder Grundschuld an dem zu bebauenden Grundstücke dient oder die Uebertragung des Eigentums an dem Grundstück erst nach gänzlicher oder teilweiser Herstellung des Baues erfolgen soll. Als Geldbeträge, die zum Zwecke der Bestreitung der Kosten eines Baues gewährt werden, gelten insbesondere:

1. solche, deren Auszahlung ohne nähere Bestimmung des Zweckes der Verwendung nach Maßgabe des Fortschreitens des Baues erfolgen soll,
2. solche, die gegen eine als Baugeldhypothek bezeichnete Hypothek (§ 33) gewährt werden.

§ 5.

Baugeldempfänger, welche ihre Zahlungen eingestellt haben oder über deren Vermögen das Konkursverfahren eröffnet worden ist und deren im § 1 Abs. 1 bezeichnete Gläubiger zur Zeit der Zahlungseinstellung oder der Konkurseröffnung benachteiligt sind, werden mit Gefängnis nicht unter einem Monat bestraft, wenn sie vorsätzlich zum Nachteile der bezeichneten Gläubiger den Vorschriften des § 1 zuwidergehandelt haben. Sind mildernde Umstände vorhanden, so kann die Strafe bis auf einen Tag Gefängnis ermäßigt oder auf Geldstrafe bis zu dreitausend Mark erkannt werden.

§ 5. Geltungsbereich.

1) Der 1. Abschnitt des Gesetzes ist formell am 21. Juni 1909 in Kraft getreten, da das Gesetz in Nummer 28 des Reichsgesetzblatts (S. 28 ff.) am 7. Juni 1909 in Berlin veröffentlicht worden ist.

[1]) § 1 entspricht den § a, § 5, dem § e der Beschlüsse der Unterkommission. Die Kommission ließ die §§ in zweiter Lesung unverändert bestehen, und so sind sie auch Gesetz geworden.

Der zeitliche Geltungsbereich der allgemeinen Sicherungsmaßregeln datiert unmittelbar von dem Inkrafttreten des Gesetzes an. Über das Außerkraftsetzen des 1. Abschnitts ist im Gesetz nichts enthalten. Er wird somit nur durch ein Reichsgesetz abgeändert oder aufgehoben werden können.

Was den örtlichen Geltungsbereich betrifft, so gilt die Baugeldverwendungspflicht im ganzen Umfange des Reichs. Wenn die Verpflichtung eine einschneidende und heilsame Maßregel gegen den Bauschwindel bilden soll, so ist ihre Geltung für das Reichsgebiet erforderlich. Dadurch wird die Gefahr vermieden, daß das bei dem Bauschwindel angewandte System, das im Norden des Reiches das gleiche ist, wie im Süden, nicht durch die infolge ihrer örtlich begrenzten Geltung aus dem einen Bundesstaat vertriebenen Elemente in den anderen, noch nicht angesteckten verpflanzt wird. Auch ändern sich die wirtschaftlichen Verhältnisse zu schnell, als daß Zeit wäre, trotz Erkennung des Bedürfnisses den Erlaß und die Geltung rechtlicher Normen hinauszuschieben oder von den Landesgesetzgebungsorganen abhängen zu lassen.

In Verbindung mit dieser örtlichen ist die persönliche Tragweite der Vorschriften über die Baugeldverwendungspflicht zu bestimmen. Es handelt sich um die Frage der Anwendung des inländischen Rechts, z. B., wenn der Baugeldempfänger Ausländer ist, und er im Inland oder Ausland wohnt, oder wenn der Bau außerhalb der Grenzen des Reichs errichtet wird und der Baugeldempfänger, sei er Ausländer oder Inländer, in Deutschland seinen Wohnsitz oder seine gewerbliche Niederlassung hat, oder der Baugeldempfänger im Ausland seine geschäftliche Niederlassung hat und von hier aus die Dispositionen über die für einen im Inlande zu errichtenden Bau gewährten Geldbeträge trifft. Das Gesetz knüpft die Verwendungspflicht nicht allein an die Person des Baugeldempfängers, den die Verpflichtung trifft, sondern auch an das Baugrundstück, für dessen Werterhöhung das Baugeld aufgewendet werden soll, und das für den Rückerstattungsanspruch haftet. Eine Trennung der Verwendungspflicht von dem Grundstück ist nicht angängig, wenn nicht der Begriff „Baugeld“ und damit die persönliche Handlungspflicht entfallen soll. Insoweit bezieht sich die Vorschrift des § 1 auch auf Grundeigentum [1]). In Beachtung dieser beiden Schwerpunkte in personeller und räumlicher Beziehung wird zunächst der Grundsatz des § 28 EG. BGB. zur Vermeidung sog. positiver Konflikte, d. h. der Möglichkeit, daß die Gesetzgebungen verschiedener Staaten sich über dieselben Gegenstände für zuständig erklären, analog anzuwenden sein. Hat die außerdeutsche Gesetzgebung eines Staates, in dessen Gebiet die Baustelle gelegen ist, besondere Vorschriften über die Befriedigung oder Sicherung der Bauforderungen, nicht allein über die Verwendung des Baugeldes, getroffen, so wird die Verpflichtung des § 1 auch einem Deutschen nicht obliegen, auch wenn er im Inlande seinen

[1]) Daß es sich in § 1 um eine Vorschrift handelt, die das Grundeigentum betrifft, wird von Hagelberg, 16, verneint.

Wohnsitz oder seine gewerbliche Niederlassung hat und von hier aus die Dispositionen über das Baugeld trifft. Bei der Anwendung ausländischen Rechtes, das den wirtschaftlichen Verhältnissen innerhalb der Zone seiner Zuständigkeit angepaßt ist und den Bedürfnissen von seinem Standpunkte aus gerecht zu werden sucht, ist kein Platz für das Eingreifen einheimischer Rechtssätze. Der § 1 wird daher auch dann nicht zu beachten sein, wenn Baugläubiger, die im Deutschen Reiche wohnen, sich an einem Bau jenseits der Grenze, z. B. in Frankreich, der Schweiz, beteiligt und hierbei Schaden erlitten haben, obwohl ihnen die dingliche Sicherung des ausländischen Rechts zustand und ein deutscher Staatsangehöriger, der im Reich seine Niederlassung hatte, als Baugeldempfänger in Betracht kam und der Verpflichtung des § 1 nicht nachgekommen ist. Zum räumlichen Herrschaftsgebiet des § 1 gehört nicht Grundeigentum deutscher Staatsangehöriger im Auslande, jedoch wohl Grundeigentum, welches fremde Staaten oder Staatsangehörige in Deutschland besitzen (Gesandtschafts-Hotels)[1]). Da die Baugeldverwendungspflicht des § 1 für den Deutschen im ersteren Falle nicht besteht, kann auch eine Ersatzpflicht nach § 823 Abs. 2 BGB. gegen ihn nicht begründet werden. Aus dem gleichen Grunde kann eine Zuwiderhandlung gegen § 1 nicht zu einer Bestrafung des Baugeldempfängers nach § 5 führen. Doch ist die Vorschrift des § 1 nicht engherzig nach einheimischen Bedürfnissen, vielmehr so zu würdigen, wie sie im internationalen Verkehr, im Rahmen der internationalen Wirtschafts- und Lebensgemeinschaft zu wirken bestimmt ist. (Verhandlungen des XXIV. deutschen Juristentages Bd. I, 169 ff., Bd. II, 33 ff.) Wird die Geltung des einheimischen Rechts nicht infolge der Anwendung einer besonderen lex rei sitae des ausländischen Staates ausgeschlossen, so wird der Beobachtung der gesetzlichen Verpflichtung nicht im Wege stehen, daß die Baustelle im Auslande gelegen ist. In diesem Falle wird sowohl der Deutsche, wie der Ausländer, der im Inlande seinen Wohnsitz oder seine gewerbliche Niederlassung hat, der gesetzlichen Verwendungspflicht nachzukommen haben, die auf einem öffentlich- rechtlichen Titel beruht, der für alle Personen gilt, die den Reichsgesetzen unterworfen sind. Hat der Baugeldempfänger seinen Wohnsitz oder seine gewerbliche Niederlassung im Auslande, von wo er auch die Bestimmung über die Verwendung der Baugelder trifft, so kann nicht zweifelhaft sein, daß ein Ausländer solange nicht für eine Verletzung des § 1 haftbar gemacht werden kann, als er nicht unter die Gerichtsbarkeit des Staates getreten ist. Dennoch kann auch hinsichtlich eines Ausländers, der das Baugeld für einen im Inlande zu errichtenden Bau empfängt, obwohl er im Ausland sich aufhält und von hier die Verwendung der Baugelder vornimmt, grundsätzlich daran festgehalten werden, daß ihm zum Schutze der Baugläubiger im deutschen Lande eine Verwendungspflicht obliegt, für deren Verletzung er mit seinem Vermögen einsteht, sofern er sich unter die deutsche Gerichtsbarkeit begibt. Das wird in jedem Falle für

[1]) vgl. RG. in JW. 1906, S. 162 Ziff. 6; RG. Str. Bd. 3, S. 70.

einen deutschen Staatsangehörigen zu gelten haben, wenn er Baugeldempfänger ist, im Inlande einen Bau errichtet und im Auslande seinen Wohnsitz oder seine gewerbliche Niederlassung hat. Für eine derartige öffentlich- rechtliche Verpflichtung wird im übrigen in noch höherem Grade das auch für das Bürgerliche Gesetzbuch maßgebende Personalitätsprinzip zu beachten sein. Das Bestehen der gesetzlichen Verpflichtung kann nicht an den Wohnsitz geknüpft sein, sondern die Staatsangehörigkeit wird den Ausschlag geben. Das Recht des Heimatsstaates wird der Person nachfolgen, da durch das Gesetz eine Einwirkung auf inländische wirtschaftliche Verhältnisse ausgeübt werden soll. Diese Wirkung darf nicht dadurch umgangen werden, daß der deutsche Bauunternehmer seine geschäftliche Leitung und damit die Ausübung der Verwendungspflicht jenseits der deutschen Grenze verlegt und im Inlande Bauten aufführt, [1]) ein Resultat, das nicht nur in den Grenzbezirken von praktischer Bedeutung werden würde.

Für die internationale Geltung des § 1 werden daher zusammenfassend folgende Grundsätze aufzustellen sein: Die Baugeldverwendungspflicht liegt, sofern der Bau im Inlande ausgeführt wird, einem Deutschen wie einem Ausländer ob, auch wenn sie ihren Wohnsitz oder ihre gewerbliche Niederlassung im Auslande haben. Wird der Bau im Auslande errichtet, so greift die Bestimmung des § 1 nur dann ein, wenn das ausländische Recht keine besonderen Vorschriften für die Befriedigung oder Sicherung der Bauforderungen enthält und der Baugeldempfänger im Inland wohnt.

Dieses Ergebnis hat jedoch geringe praktische Bedeutung, da sowohl für die zivilrechtliche, wie strafrechtliche Haftbarkeit besondere Sätze gelten werden. Für seine zivilrechtliche Haftung nach § 1 in Verbindung mit § 823 Abs. 2 BGB. wird der Ort zu beachten sein, wo eine Verletzung des § 1, die eine unerlaubte Handlung im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuches darstellt, begangen wird. Das Recht des Begehungsortes ist für seine Haftung maßgebend. Begangen wird die Handlung überall dort, wo sich auch nur ein Teil des Deliktstatbestandes verwirklicht. Werden daher die einzelnen Teile des Tatbestandes an verschiedenen Orten verwirklicht, so wird die Handlung von einem jeden der in Betracht kommenden örtlichen Rechte beherrscht. (vgl. Seufferts Archiv Bd. 62, S. 257). Nach dem Reichsgericht (vgl. RG. Bd. 19, Nr. 73, Bd. 23, Nr. 65) kann auch der Ort, wo der Erfolg eintritt, als Begehungsort oder als zweiter Begehungsort aufgefaßt werden. Liegt ein Begehungsort in diesem Sinne innerhalb der Grenzen des Reichs, so wird insoweit eine Schadenersatzpflicht des Baugeldempfängers gegeben sein. Wird die Baugeldentfremdung im Auslande vorgenommen, so wird, um im Inlande überhaupt gegen den Baugeldempfänger Ansprüche erheben zu können, zu prüfen zu sein, ob der geltend gemachte Anspruch sowohl nach der lex delicti commissi,

[1]) a. M. Hagelberg, 17, der den Niederlassungsort der gewerblichen Unternehmung des Baugeldempfängers, in dessen Betrieb ihm die persönliche Handlungspflicht des § 1 obliegt, entscheiden läßt. Ist dieser Ort im Inlande, so trifft dem Ausländer oder Inländer die Verpflichtung, im anderen Falle nicht.

wie nach den deutschen Gesetzen begründet ist. Nur wenn beide Voraussetzungen zutreffen, kann ihm stattgegeben werden (EG. BGB., Art. 11). Läßt das fremde Recht das deutsche Recht gelten, verweist es auf das deutsche Recht als das anzuwendende, so werden die oben entwickelten Grundsätze von Wichtigkeit. (EG. BGB. Art. 31).

Für die Bestrafung des Baugeldempfängers werden die Strafvorschriften der §§ 3 –9 R. St. G. B. eingreifen. Hiernach finden die Strafgesetze des Deutschen Reichs Anwendung auf alle im Gebiete derselben begangenen strafbaren Handlungen, auch wenn der Täter ein Ausländer ist. Begehungsort in strafrechtlichem Sinne ist der Ort, an dem der Täter die zum Tatbestande der strafbaren Baugeldentfremdung erforderliche Tätigkeit entwickelt hat, oder an dem die Tat zur Ausführung gelangt ist. (vgl. RG. Str. 23, 156). Es wird aber auch hier genügen, daß nur ein Teil des Begehungsaktes innerhalb der Grenzen des Reichs in die äußere Erscheinung getreten ist. (vgl. RG. Str. 11, 20; 13, 337; 8, 113.) Es kann jedoch ein Deutscher auch dann bestraft werden, wenn er im Auslande eine Handlung begangen hat, die nach § 5 Bauf. S. G. als Vergehen anzusehen ist und durch die Gesetze des Ortes, an welchem sie begangen wurde, mit Strafe bedroht ist. Da in den europäischen Staaten eine unter Strafe gestellte Baugeldverwendungspflicht im Sinne des deutschen Rechts nicht besteht, so wird dieser Fall, sofern die Baugeldentfremdung ausschließlich im Auslande begangen ist, nicht praktisch werden.[1])

Bei den einschneidenden, unter Strafandrohung auferlegten Pflichten des I. Abschnittes würden bei ihrer sofortigen Geltung die zur Zeit seines Inkrafttretens in der Entstehung begriffenen Bauten gehemmt werden. Den an der Bauherstellung beteiligten Personen werden dadurch gewisse, nicht ohne Vorbereitung zu erfüllende Pflichten auferlegt, die den laxen Gewohnheiten im Baugewerbe entgegentreten. Deshalb finden die Vorschriften des I. Abschnittes keine Anwendung auf Bauten, die bereits vor seinem Inkrafttreten begonnen worden sind. (§ 8). Insoweit wird den allgemeinen Maßregeln nicht nur eine rückwirkende Kraft nicht beigelegt, sondern ihre materielle Wirkung wird in gewissem Umfange abgeschwächt. Es werden nur diejenigen Baugeldempfänger von den Bestimmungen des § 1 betroffen, die für die Herstellung eines Baues Geld empfangen, der nach dem 21. Juni 1909 begonnen worden ist.

Die Frage, wann man von dem Beginn eines Baues sprechen kann, wird praktisch noch wichtig sein. Damit wird auch entschieden werden, ob die Baugeldverwendungspflicht auf unterbrochene Bauten Anwendung finden wird, die zwar vor dem 21. Juni 1909 begonnen worden sind, dann aber längere Zeit stillgelegen haben und nach dem 21. fortgesetzt werden.

Der Beginn eines Baues kann in den zu seiner Herstellung erforderlichen Vorbereitungsarbeiten nicht gesehen werden. Unter

[1]) Worin eine Zuwiderhandlung gegen § 1 bestehen kann, und welches der Tatbestand der strafbaren Baugeldentfremdung ist, wird unten zu erörtern sein; vgl. § 15 dieser Arbeit.

diese werden zur Hauptsache die auf geistigem Gebiet liegenden und die mit der Errichtung des Baues nur mittelbar in Verbindung stehenden technischen Arbeiten begriffen werden. Handlungen der ersteren Art werden in der Auswahl und Bereitstellung des Baugeländes, der Absteckung der Grenzen, dem Anfertigen von Plänen und Zeichnungen, aber auch noch in dem Abschluß von Verträgen über die Gewährung von Baugeld und die Herstellung des Baues, über die Annahme eines Architekten, Bauleiters oder Unternehmers zu finden sein. Gleichgültig ist es, ob derartige Rechtsverhältnisse vor dem 21. Juni begründet worden sind. Darlehensverträge z. B. über die Hergabe von Baugeld werden oft jahrelang vor der Bebauung eines verkauften Terrains abgeschlossen. Diese Vorgänge dienen zwar den wirtschaftlichen Unternehmen und sind zur Herstellung des Baues notwendig. Sie stehen auch meist mit der eigentlichen Bautätigkeit zeitlich und sachlich in engem Zusammenhange. Dennoch kann darin der „Baubeginn“ im Sinne des Gesetzes deshalb nicht gesehen werden, weil sonst die Anwendung der Baugeldverwendungspflicht eine unbestimmte und schwankende wird und ein Baubeginn vor dem 21. Juni 1909 noch jahrelang nach diesem Zeitpunkt zu konstruieren wäre. Wo die Grenze für die Geltung zu finden ist, ist beim Fehlen eines äußerlich erkennbaren Vorgangs nicht oder nur schwer festzustellen.

Dasselbe wird von den ersten technischen Arbeiten, die der eigentlichen Bautätigkeit vorangehen, zu gelten haben. Diese Arbeiten werden in der Umzäunung des Baulandes, in dem Abriß des alten Gebäudes, der Wegräumung des Schutts niedergebrannter Häuser[1]), dem Aufschlagen von Baubuden, dem Anlegen von Kalkgruben, der Schaffung von Zufahrtswegen, dem Anfahren von Sand, Steinen oder von sonstigen unverarbeiteten oder verarbeiteten Materials bestehen. Dies sind notwendige Vorbereitungsarbeiten, sie stellen aber nicht den Baubeginn dar, da sie nicht als ein „Bauen“ im technischen Sinne, wie es der Wortlaut des Gesetzes verlangt, anzusehen sind. Als „begonnen“ wird der Bau erst dann zu gelten haben, wenn die ersten dauernden, zu seiner Ausführung unmittelbar dienenden Arbeiten auf dem Grundstück vorgenommen worden sind. Die tatsächliche Inangriffnahme des Baues selbst entscheidet[2]). Das wird in der Regel die Ausschachtung des Erdreichs oder die Legung des Fundaments sein. Der Beginn der eigentlichen technischen Bauausführung wird auch da entscheidend sein, wo es sich um einen teilweisen Wiederaufbau oder die Fortsetzung unterbrochener Bauten handelt. Im letzteren Falle wird es sich jedoch fragen, ob der Weiterbau tatsächlich die Fortführung des Baues oder der Beginn eines neuen Baues ist. Die Errichtung eines neuen Baues wird anzunehmen sein bei dem Wechsel in der Person des Bauherrrn, der veränderten Bauweise, der erneuten Bauerlaubnis und dergleichen. Keineswegs liegt bei Zwillingsarbeiten ein einheitlicher Bau vor, wenn sie lediglich technisch in gleicher Weise errichtet

[1]) vgl. Friedländer S. 285; Hillig S. 53; a. M. Hagelberg S. 144, der „die Vorbereitung des Bauplatzes durch Abriß des alten Gebäudes“ für genügend hält.
[2]) vgl. ähnlich Simon 33, Hillig 53, Hagelberg 144.

werden, der Zeitpunkt der Errichtung aber ein verschiedener ist, auch wenn die Bauerlaubnis zugleich für beide Häuser erteilt worden ist.

Liegt hiernach der Beginn des Baues vor, so kann es nicht darauf ankommen, ob der Bau nach ordnungsmäßig erteilter Bauerlaubnis begonnen ist. Das Gesetz privilegiert „nicht die rechtmäßig begonnenen Bauten", wie Hagelberg annimmt[1]), sondern läßt die Wirkung der allgemeinen Sicherungsmaßregeln lediglich vom Baubeginn abhängen. Ein Baubeginn ist auch dann anzunehmen, wenn die Baugenehmigung noch nicht erteilt ist oder der Bau nur nach Vornahme gewisser polizeilich vorgeschriebener Veränderungen fortgeführt werden darf.

2) Die sachlichen Grenzen der Anwendbarkeit der Vorschriften über die Baugeldverwendung sind weitere, als die der übrigen allgemeinen Sicherungsmaßregeln und der dinglichen Sicherung. Die Verpflichtung ist an das Vorliegen einer bestimmten Bauart nicht gebunden. Sie greift allgemein bei der Herstellung eines „Baues" ein.

Der Begriff „Bau" oder nach der Sprache des BGB. (vgl. §§ 632, 648, 1012, 1016) „Bauwerk" ist allgemeiner und umfassender Natur. Das Bauwerk ist einmal zu unterscheiden von den „Fahrzeugen", deren wirtschaftliche Zweckbestimmung die Bewegung ist, andererseits von den gewöhnlichen Werken, den „Arbeiten an einem Grundstück" (vgl. § 698 BGB.) Nach diesen Seiten wird die Grenze des Begriffs „Bauwerks" zu ziehen sein. Nach der Rechtsprechung wird als Bauwerk nicht bloß eine Anlage zum Aufenthalt von Menschen oder Tieren oder zur Aufbewahrung von Sachen („Gebäude") sondern jede „unbewegliche durch Verwendung von Arbeit und Material in Verbindung mit dem Erdboden hergestellte Sache" bezeichnet[2]).

Es muß sich um eine unter Anwendung der Regeln der Statik und Mechanik erfolgende Verarbeitung von Materialien zu einem in sich gefestigten, durch innige Verbindung mit dem Erdboden verbundenen unbeweglichen Werk handeln. Neben diesem äußerlich sichtbaren Umstande kommt es darauf an, ob das Werk mit dem Grundstück, auf oder in dem es sich befindet, in einem wirtschaftlichen Zusammenhange steht. Diese Merkmale sind jedoch in erster Linie nicht deshalb aufgestellt, „um die Sicherheit zu haben, daß eine Entfernung vom Grundstück undurchführbar wird" (vgl. Bernhard, Monatsschr. Technik und Wirtschaft, 4. Jahrgang 1911, S. 390), sondern um einen Anhaltspunkt dafür zu haben, daß eine Trennung vom Boden das Bauwerk als solches oder die durch das Bauwerk bestimmte Eigenart des Grundstücks zerstört oder in seinem Wesen verändert. Auf eine starre, durch moderne Mittel oder natürliche Vorgänge nicht zu erschütternde Unbeweglichkeit und Unzertrennbarkeit mit dem Boden kommt es hierbei nicht an. Daß eine Zusammendrückung und Nachgiebigkeit des Baugrundes

[1]) a. a. O.

[2]) vg. RG. 30, 153 ff,; 56, 43; OLG. 10, 411; 8, 123; RG. Str. 15, 263; 25, 90; 28, 318; Binding Lehrb. 2, I 104.

oder eine Kippbewegung des Bauwerks eintreten kann, zumal wenn eine derartige Bewegung durch anormale Umstände oder durch die gewöhnliche Abnutzung und das Alter herbeigeführt wird, bleibt für das Vorliegen eines Bauwerks außer Betracht. Auch kann eine „innige Verbindung" nicht in der Weise verlangt werden, daß eine überhaupt unlösliche vorliegen muß. Die wirtschaftliche Zweckbestimmung wird das Maß des notwendigen Zusammenhanges regeln. Die durch die Verbindung mit dem Grundstück notwendig herbeigeführte „Unbeweglichkeit" wird sich ihrem Umfang nach nach der Zweckbestimmung und Eigenart des Bauwerks richten. Zu achten ist auf die Unbeweglichkeit der einheitlichen Sache als solche, nicht auf die Beweglichkeit ihrer Bestandteile, die das Wesen des Bauwerks oftmals ausmachen. Bei einer auf einem Fundamente ruhenden Brücke, einerlei, welcher Art sie auch immer sein mag, bildet der eigentliche Brückenschlag und das Fundament, auf dem jener ruht, eine einheitliche Sache, der Brückenschlag stellt nur einen wesentlichen Bestandteil der Brücke dar[1]) [2]).

Nach dieser Begriffsbestimmung kommt es auf die Art und den Zweck des Baues, für dessen Herstellung Baugeld vereinbarungsgemäß gewährt wird, nicht an. § 1 bezieht sich in Abweichung von §§ 2, 3 und 4 und den Vorschriften über die dingliche Sicherung (§ 9) auf Bauten aller Art. Mag ein Neubau im Sinne des § 2 Abs. 2, ein Umbau, Abrißbau oder Ausbesserungsbau [3]) vorliegen, ist gleichgültig. Es werden auch nicht nur neu errichtete oder umgebaute selbständige Bauten, sondern auch Nebengebäude und An- oder Aufbauten für die Baugeldverwendungspflicht zu beachten sein. Wie der Umfang und die Ausdehnung der Bauten, so wird auch nicht

---

[1]) So wird bei allen von Bernhard (vgl. a. a. O.) angeführten Beispielen von beweglichen Brücken auch nach der in der Rechtsprechung gebildeten Begriffsbestimmung ein Bauwerk als vorliegend angenommen werden, da die Brücken auf einem Untergrund ruhen und so eine Verbindung mit dem Grundstück aufweisen. Die Ausführungen B.'s bieten nichts, was zu einer abweichenden Fassung der Begriffsbestimmung zu führen geeignet wäre.

[2]) Nach der Rechtsprechung werden als Bauwerk angenommen: Monumente, Brücken, Viadukte RG. E. Bd. 56, 43; OLG. 10, 411; steinerne Grabdenkmäler, Grüfte OLG. 8, 123; Gleisanlagen OLG. 10, 413; 14, 86; Brunnenanlage nach JW. 1908, S. 431 kein Bauwerk. a. A. Kuhlenbeck JW. 1906, 678; ferner Recht 1904 S. 447 und Seuff. Arch. Bd. 60 Nr. 6; Drainagearbeiten, Recht 1905, 369; RG. E. Bd. 56, S. 43; JW. 1908, S. 657; Seuff. Arch. Bd. 64; Nr. 46; Warneyer Erg. Bd. 1909, S. 19 — Tresoranlage Recht 1907, Nr. 1016 und S. 510 — Backofen im Hause, Recht 1908 Nr. 734; OLG. Bd. 17, S. 432 — Kanalschächte JW. 1910 S. 418 Nr. 11; Jalousien, OLG. Stuttgart, Württ. Jahrb. Bd. 21 S. 265 — Telegraph- und Telephonanlagen, Planck III 3a zu § 1012 BGB; Badeofen, OLG. Bd. 17, 431 — Schiffsmühle, JW. 1908 S. 431 — Viadukt einer Hochbahn, Hans. GZ. 1908 Beil. 97 — Trockenluftkühlanlage RG. E. Bd. 71, S. 173, — artesischer Brunnen nach RG. E. Bd. 56, S. 41 kein Bauwerk. a. M. Kuhlenbeck a. a. O.; Feldziegelofen Goltd. Arch. Bd. 43 S. 440. Montierung einer Maschine JW. 1902 Beil. 219. — Arbeiten an einem Grundstück, kein Bauwerk: bloße Erdarbeiten, Anlage von Gräbern, von artesischen, wie Jungbrunnen oben u. Pos. Monatsschrift 1903, 73, — sonstige Röhrenleitungen Johow K. G. Bd. 29 A. 133 — Kanalisationsarbeiten Kammergerichtsblätter 1903, 98 — Ausschachtungsarbeiten OGw. Bd. 13, 426. Bohren eines Loches, mit dessen Hilfe festgestellt werden soll, ob sich nutzbare Metalle im Boden befinden.

[3]) a. M. Schneider 26, nach dem Reparaturbauten aus dem Begriffe des Baues ausscheiden. Diese Ansicht entbehrt der Berechtigung.

die Art der Ausführung dem Eingreifen der gesetzlichen Pflicht im Wege stehen. Es kann sich um Hoch- oder Tiefbauten handeln. Die gesetzlichen Erfordernisse des Baugeldbegriffs, namentlich die dingliche Sicherung des Anspruchs des Geldgebers, wird jedoch einer zu weiten Ausdehnung der Verwendungspflicht auch auf Fälle, in denen ein wirtschaftliches Bedürfnis nicht vorliegt, vorbeugen.

Eine Einschränkung der Verwendungspflicht trotz Vorliegens eines Bauwerks wird jedoch außerdem zu beachten sein. Erforderlich ist, daß es sich um ein Bauwerk handelt, welches im Wege der sog. Inädifikation (§ 946 BGB.) mit einem Grundstück verbunden wird. Der Bau muß mit dem Grundstück rechtlich ein Ganzes bilden, da für die Herstellung des Baues das Grundstück als Sicherungsobjekt für das Baugeld dienen soll und eine Haftung des Grundstücks ohne Erhöhung seines Wertes durch den Bau rechtlich und wirtschaftlich nicht zu rechtfertigen ist. Ist der Bau nicht Bestandteil, oder wird er auch aus anderen Gründen von der auf dem Grundstück ruhenden Belastung nicht ergriffen, so liegt, wenn der Bau unter Belastung des Grundstücks mit fremdem Gelde hergestellt wird, kein Bau vor, für dessen Herstellung § 1 eingreift. Das wird der Fall sein bei Herstellung von Bauten in Ausübung eines Rechts an einem fremden Grundstück (§§ 95. Abs. 1, S. 2, 1012 BGB.) oder von beweglichen Bauwerken (§ 95 Abs. 1 S. 1), wie z. B. von transportablen Holzhäusern, aufstellbaren Buden. Als Bauwerk werden daher im allgemeinen für die Verwendungspflicht nicht in Betracht kommen: Tribünen, Notbauten, Jahrmarktsbuden, Karussells, Menagerien, Ausstellungsgebäude[1]) Saisonzirkus, Baracken für Zwecke der Krankenpflege bei Epidemien oder im Kriege usw. Auch wenn die Verbindung mit dem Boden eine feste ist, wie bei einer steinernen Bauhütte, einem Maschinenhausanbau (vgl. RG. E. Bd. 55, 281) kann das Verhältnis des § 95 vorliegen.

Neben dieser sachlichen Abgrenzung des Anwendungsgebietes der gesetzlichen Verwendungspflicht erscheint weiter in sachlicher Beziehung die Geltung der Verpflichtung im Falle des Bestehens des Erbbaurechts zweifelhaft. Der Begriff Baugeld verlangt eine hypothekarische Sicherung durch das Baugrundstück, die den Grundstückseigentümer beschwert. Das Gesetz spricht von einer Sicherung durch das „zu bebauende Grundstück“ oder von der Sicherung des Anspruches des Geldgebers durch Eigentumsvorbehalt an dem Grundstück. Steht aber dem Bauherrn nicht das Eigentumsrecht zu, sondern das Recht, auf oder unter der Oberfläche des Grundstücks ein Bauwerk zu haben (§§ 1012 ff. BGB.), so bietet die Verpfändung dieses Rechts dem Geldgeber in durchaus ausreichender Weise, wie die Bestellung einer Hypothek an dem Grundstück, Sicherung. In gleicher Weise, wie durch den Eigentumsvorbehalt an dem Baugrundstück, ist auch der Geldgeber, der der Erbbauberechtigte ist, gesichert, wenn die Herstellung des Baues in Ausübung dieses Rechtes durch einen Dritten auf Rechnung des Erbbauberechtigten oder mit dessen Zustimmung erfolgt.

---

[1]) vgl. Schneider 25, 29.

Das Gesetz hat in § 1 nicht den Fall geregelt, daß das Erbbaurecht für die Sicherung des Rückerstattungsanspruchs des Geldgebers haftet. Die Möglichkeit der Umgehung der gesetzlichen Pflicht durch dieses Institut scheint um so größer zu sein, als die Bedeutung des Erbbaurechts immer mehr und mehr erkannt wird. Seine Bedeutung liegt auf wirtschaftlichem Gebiet. Den minder Bemittelten wird dadurch die Möglichkeit gegeben, sich ein eigenes Heim zu schaffen, ohne daß es des Kapitals zum Erwerb des Baugrundstücks bedarf. Dieses bleibt im Eigentum des bisherigen Eigentümers, der, ohne sein Grundstück selbst zu bebauen oder zu bewirtschaften, sich durch den meist auf längere Zeit von dem Erbbauberechtigten zu entrichtenden Zins eine dauernde Einnahmequelle verschaffen kann. Das Bauwerk, das der Erbbauberechtigte in Ausübung seines Erbbaurechtes errichtet, steht im Eigentum des Erbbauberechtigten (§ 95 Abs. 1 Satz 2 BGB.) und ist wesentlicher Bestandteil des Erbbaurechtes[1]). Derjenige, zu dessen Gunsten die Bestellung des Rechts erfolgt, kann sich zur Errichtung des Baues dahrlehnsweise Gelder verschaffen und diese durch hypothekarische Belastung des Erbbaurechtes oder durch fiduziarische Uebertragung dieses Rechtes sicher stellen. Das Bürgerliche Gesetzbuch spricht zwar (§ 1012) von „haben" eines Bauwerks, es wird jedoch nicht zweifelhaft sein, daß in Ausübung dieses Rechtes bauliche Anlagen erst hergestellt werden können. (vgl. RG. Bd. 61, 2, KG. J. Bd. 25, A 141).

Nach dem zweifellosen Wortlaut des Gesetzes, das bei der Definition des Baugeldes nur von der Sicherung der Ansprüche des Geldgebers durch hypothekarische Belastung des Baugrundstücks oder durch Eigentumsvorbehalt an diesem spricht, würde die gesetzliche Verwendungspflicht bei Herstellung eines Baues auf Grund eines Erbbaurechts nicht eingreifen, sofern lediglich das Erbbaurecht zur Sicherung der Ansprüche des Geldgebers dient. Hierdurch ist eine Möglichkeit der Umgehung der gesetzlichen Verwendungspflicht vornehmlich bei Bestellung eines bedingten oder befristeten Erbbaurechts gegeben. Die rechtliche Stellung der an dem Bau beteiligten Personen ist die gleiche und ihre Forderungen sind ebenso gefährdet, als wenn der Eigentümer selbst baute. Ein Bedürfnis nach Sicherung oder gesetzlich geregelter Befriedigung der Bauforderungen besteht hier in gleicher Weise.

Diesem Bedürfnis und damit zugleich der Möglichkeit der Umgehung des Gesetzes will man dadurch abhelfen (vgl. Hagelberg 15; Mügel 40; Hillig 200), daß man die in § 61 Abs. 3 Bauf. S. G. zum Ausdruck gekommene Bestimmung als Vorschrift allgemeiner Natur ansieht, deren Anwendbarkeit nicht auf den II. Abschnitt d. G. beschränkt sein soll. Dies soll daraus zu folgern sein, daß im 7. Titel d. G. wiederholt von „diesem Gesetz" gesprochen werde und keine Notwendigkeit bestehe, diesen Ausdruck in „diesen Abschnitt" umzudeuten. (Hagelberg 15.)

[1]) vgl. Staudinger III § 1012, 1, 1, c β S. 491; Hillig 199 gegen die gemeine Meinung, vgl. Endemann I § 52, Anm. 28; Gierke, Fahrnisbesitz S. 37, die das Bauwerk als bewegliche Sache ansieht.

Dieser Ansicht kann, solange und wo der II. Abschnitt nicht in Kraft gesetzt ist, nicht beigetreten werden; ihrer Begründung stehen Bedenken entgegen, die zu einem anderen Ergebnis führen müssen. Die Aufnahme einer Vorschrift über das Erbbaurecht erfolgte zuerst in dem Entwurf des Jahres 1901 (§ 35). In derselben Fassung ist die Vorschrift in das Reichsgesetz übergegangen. In der Reichstagskommission erfolgte die Einfügung des I. Abschnittes, der die allgemeinen Sicherungsmaßregeln enthält. Obwohl dieser als besonderer, sofort in Geltung zu setzender Abschnitt gedacht war, wurden bei der Billigung des § 36 des Entwurfs 1907 Erwägungen über die Geltung und Anwendung dieser Vorschrift nicht angestellt, insbesondere auch nicht über die Auswechselung des Ausdrucks „Gesetz“ in „Abschnitt“. Eine Redaktionskommission hat die gefaßten Beschlüsse der Kommission in die Form gebracht, in der der Entwurf mit unwesentlichen Änderungen Reichsgesetz geworden ist. Daß eine Änderung des Ausdrucks trotz des sofortigen Inkrafttretens des 1. Abschnittes und trotz der Stellung des 2. Abschnittes nicht erfolgt ist, spricht für ein unmotiviertes Stehenlassen des Ausdruckes durch die Reichstagskommission und für ein Versehen der Redaktion. Hieraus ist nicht nur aus dem gänzlichen Fehlen von Erwägungen bei der Beratung des Gesetzentwurfes über die Ausdehnung der Vorschrift über das Erbbaurecht auf den neu hinzugefügten, selbständigen Abschnitt zu schließen, vor allem auch aus der Zweiteilung und dem Wesen der im 7. Titel zusammengefaßten Schlußbestimmungen. Mit Ausnahme des § 61 werden die übrigen Bestimmungen, als besonders für die dingliche Sicherung der Bauforderungen passende Normen, wegen der aus diesem Grunde fehlenden praktischen Bedeutung für die allgemeinen Sicherungsmaßregeln belanglos sein, wie auch Hagelberg meint (vgl. 15, 16). Auch diese §§ enthalten den Ausdruck „Gesetz“. Ferner ist durch das Erfordernis einer landesherrlichen Verordnung für die Inkraftsetzung des II. Abschnittes seine Geltung von einer Bedingung abhängig, die im März des Jahres 1912 noch nirgends in Deutschland erfüllt ist. Die trotzdem erfolgende Anwendbarkeit einer im 2. Abschnitt stehenden Bestimmung würde eine Außerachtlassung der durch den Gesetzgeber gegebenen Schranken bedeuten [1]). In den Gemeinden, in denen der II. Abschnitt in Kraft gesetzt ist, wird jedoch der § 61 auch für den I. Abschnitt Gültigkeit haben. Bei dieser immer nur teilweisen Gültigkeit der Bestimmung des § 61 wird der Grundsatz des § 1017 BGB. zu beachten sein, nach dem die sich auf Grundstücke beziehenden Vorschriften für das Erbbaurecht gelten. Es ist zwar bestritten, ob nur die im BGB. selbst und dem EG. BGB. enthaltenen Vorschriften hierher zählen, oder ob ohne weiteres für alle übrigen reichs- und landesgesetzlichen Vorschriften, auch ohne ausdrückliche Aufnahme, dieser Grundsatz Geltung haben soll. Letzteres wird jedenfalls insoweit zu bejahen sein, als Reichsgesetze in Frage kommen, weil es sich in § 1017 BGB. um eine allgemein geltende rechtsanaloge Anordnung des

[1]) vgl. Schneider 48.

Reiches handelt. Einer ausdrücklichen Gleichstellung der über Grundstücke gegebenen Vorschriften für das Erbbaurecht in den einzelnen Gesetzen wird es nicht bedürfen.[1]) Unter Anwendung des § 1017 BGB. wird Baugeld nach § 1 Abs. 3 auch dann vorliegen und damit die gesetzliche Verpflichtung des § 1 eingreifen, wenn eine Hypothek oder Grundschuld an dem Erbbaurecht des zu bebauenden Grundstücks zur Sicherung der Ansprüche des Geldgebers dient, oder diese Sicherung dadurch erreicht wird, daß die Übertragung oder die Bestellung des Erbbaurechts erst nach gänzlicher oder teilweiser Herstellung des Baues erfolgen soll.

II. Abschnitt: Die vertragliche Grundlage.

§ 6. Das Verhältnis zwischen Gesetz und Vertrag.

Die gesetzliche Bestimmung des § 1 legt dem Empfänger der zum Zwecke der Bestreitung der Kosten eines Baues gewährten Geldbeträge die Verpflichtung zu ihrer bestimmungsgemäßen Verwendung auf. Diese Zweckbestimmung, die Geldbeträge zum Baugeld macht, gründet sich auf eine Vereinbarung zwischen Geber und Empfänger, den sog. Baugeldvertrag. Daraus ergibt sich, daß die Verwendungspflicht des § 1 auf einem zweifachen Rechtsgrunde beruht. Der eine Rechtsgrund ist das Gesetz, der andere der Baugeldvertrag, ohne dessen Vorliegen die gesetzlich geregelte Verwendung mit ihren Rechtsfolgen nicht eingreift. Das Verhältnis dieser beiden Grundlagen der Verwendungspflicht ist zeitlich ein derartiges, daß die gesetzliche die primäre ist, die vertragliche das Eingreifen der primären bewirkt. Ihr inneres Verhältnis zueinander ist jedoch nur in gewisser Beziehung dasselbe, wie das des Blankettgesetzes zu seiner Ausführungsverordnung. Das Gesetz bestimmt zwar nicht, daß ein Baugeldvertrag bei der Herstellung eines Baues abgeschlossen werden muß. Es untersagt aber nicht, daß das zur Herstellung des Baues gewährte Geld lediglich zur Tragung der Baukosten aufgenommen, daß nur Baugeld im Sinne des § 1 Abs. 3 gewährt werden dürfe. Nur die Geldbeträge, die nach der Vereinbarung als Baugeld im gesetzlichen Sinne anzusehen sind, unterfallen der Verpflichtung des § 1, ohne daß die Gewährung von Geld für Zwecke, die mit dem Bau nur in loser oder überhaupt nicht in Verbindung stehen, auch unter Vereinbarung dinglicher Sicherung des Baugrundstücks ausgeschlossen wird, denn die durch das Gesetz geschaffene Verpflichtung tritt nicht als eine selbständige, nur auf dem Gesetz beruhende in die Erscheinung, sondern sie setzt den Baugeldvertrag zweifellos voraus und, da das Gesetz in § 1 Abs. 3 weder den Abschluß, noch den Inhalt des Vertrages bestimmt, sondern nur eine Auslegungsregel gibt, wann „Baugeld“ vorliegt, wird die Bedingung für den Eintritt der gesetzlichen Ver-

[1]) vgl. Planck Bem. 1, Biermann Bem. 1 z. § 1017; and. Ans. Staudinger Bem. I, c; Fuchs, Komm. z. den grundbuchrechtlichen Normen des BGB. u. z. GBO. Berlin 1901—03, Bem. 3, b, z. § 1017.

pflichtung durch die vertragliche Vereinbarung geschaffen. Das Gesetz will die Einhaltung der auf der vertraglichen Grundlage erwachsenen persönlichen Verpflichtung durch Einwirkung auf die Handlungsfreiheit zu Gunsten dritter nicht an dem Vertrage beteiligter Personen herbeiführen und so die vertragliche Gebundenheit gegenüber dem Vertragsgegner verstärken, zugleich aber die vertragliche Leistung an Dritte als eine gesetzliche erzwingen. Während die Verpflichtung des Baugeldempfängers bisher eine rein kontraktliche war und nur dem Geldgeber gegenüber bestand, wird das Verhältnis zwischen diesen Personen, mit Ausnahme des Eingreifens der Auslegungsregel über das Vorhandensein von Baugeld im gesetzlichen Sinne, nicht berührt, wohl aber eine neue, von dem Baugeldvertrag abhängige Verpflichtung geschaffen[1]).

Dieses Verhältnis zwischen Gesetz und Vertrag wird von Bedeutung sein für die Begründung, den Umfang und die Aufhebung der gesetzlichen Verpflichtung.

1. Die Notwendigkeit für die Auffassung, daß die Grundlage der gesetzlichen Verwendungspflicht zugleich eine vertragliche ist, geht daraus hervor, daß das Gesetz eine Gewährung von Geldbeträgen und eine Bestimmung über dessen Verwendung, die ausdrücklich oder stillschweigend infolge der gesetzlichen Vermutungen des § 1 Abs. 3 erfolgen kann, verlangt. Sowohl die Gewährung, wie die Zweckbestimmung kann unter der Bedingung der Rückgewährung, für deren Einhaltung die notwendige dingliche Haftung des Baugrundstücks besteht, nach rechtlichen Gesichtspunkten nur im Wege des Vertrages erfolgen (vgl. Schneider 38). Mit dem Abschluß eines Baugeldvertrages entsteht die Verpflichtung. Hierdurch wird zwar nur die obligatorische Verpflichtung auf Gewährung von Baugeld geschaffen. Zweifellos sind Geldbeträge, die in Erfüllung dieseses Vertrages gewährt werden, oder deren Hingabe den Abschluß eines Realdarlehnvertrags darstellt, Baugeld. „Baugeld“ ist aber auch schon die Forderung des Darleihers auf Auszahlung der Geldbeträge, da nicht erst mit dem Zeitpunkte der Auszahlung die Verpflichtung entstehen kann. Sollte bis dahin eine Verfügung über die Forderung durch Abtretung zulässig sein, so würde die gesetzliche Verpflichtung illusorisch. (vgl. Friedländer S. 348, Hillig S. 20; Hagelberg S. 42; Schneider S. 42). Mit dem Abschluß des Baugeldvertrages entsteht die Verpflichtung, ohne daß es einer Fälligkeit oder Auszahlung der Baugelder bedarf. Vor dem Zustandekommen des Vertrages ist weder eine Bestimmung über die Person des Baugeldempfängers möglich, noch Baugeld vorhanden, da von einer Zweckbestimmung nicht gesprochen werden kann.

Da es sich um die Verwendung „gewährter“ Geldbeträge handelt, besteht eine gesetzliche Verpflichtung zur Verwendung von eigenem Geld nicht, das der Bauherr oder Unternehmer aus seinem Vermögen zur Errichtung des Baues ausdrücklich bestimmt und aussondert. Er untersteht nicht einer Verwendungspflicht seines

[1]) vgl. ähnlich Glaser DJZ. 1909, Sp. 1362 f.; Breit, JW. 1909, S. 350; Hillig S. 32; a. M. Hagelberg 30.

Geldes schlechthin. Ebensowenig wird ihm uneingeschränkt unter Strafandrohung die Verpflichtung auferlegt, seine persönlichen Baugläubiger nach Möglichkeit zu befriedigen. Ein solches Eingreifen der Gesetzgebung wäre teils überflüssig, teils zu weitgehend. Ist der Bauherr im Besitze von Mitteln, sucht er sich aber seinen vertraglichen Verpflichtungen zu entziehen, so genügen die bestehenden Rechtsmittel, um Befriedigung im Wege der Zwangsvollstreckung zu erreichen. Kommt der Unternehmer seinen Pflichten nicht freiwillig nach, so darf ihre Verletzung nicht deshalb unter Strafe gestellt werden, weil ein Vertragsteil dadurch dem anderen einen Vermögensschaden zufügt. Die Herbeiführung des durch Vertragsbruches entstehenden Schadens ist nicht ohne weiteres deliktischer Natur. Eine Straftat hat ihren Rechtszweck in einer Verletzung der für die Allgemeinheit zu beachtenden Grundsätze. Die unter zwei oder mehreren Personen kraft ihres Willens für sich selbst gesetzten Bestimmungen sind noch keineswegs als für die Aufrechterhaltung der Rechtsordnung notwendige und zu schützende aufzustellen und ihre Verletzung zu bestrafen. Erst das Hinzutreten der wirtschaftlichen Erscheinungen bei der Herstellung von Bauten, zu denen als eine der wichtigsten die Aufnahme von fremdem Geld unter dinglicher Belastung des Baugrundstücks und der Haftung seiner zukünftigen Bestandteile gehört, rechtfertigte die Androhung einer Strafe für die Bewirkung eines Vermögensschadens durch Verletzung vertraglicher Pflichten.

Aus der Feststellung des Zeitpunktes des Eingreifens der gesetzlichen Verpflichtung mit dem Abschluß eines Darlehnsvertrages auf Gewährung von Geldbeträgen ergibt sich, daß eine Einwirkung des Gesetzes auf die Bildung des vertraglichen Willens nicht erfolgt. Das Gesetz stellt nicht eine Verpflichtung zur Eingehung von Baugeldverträgen auf. Es wird dem Bauherrn oder Unternehmer überlassen, sich Baugeld zu verschaffen oder nicht [1]). Es steht ihnen frei, sich Geldbeträge in beliebiger Höhe entweder auf Grund eines Baugeldvertrages oder eines anders gearteten Darlehnsvertrages, dem die Bezeichnung eines Baugelddarlehns zu versagen ist, zu besorgen. Auf den Abschluß und die Art des Zustandekommens derartiger Verträge wirkt die gesetzliche Verpflichtung nicht ein. Daher werden Vereinbarungen nicht verboten sein, nach denen gewisse vertragliche Rechte und Pflichten, die im Gegensatz zu der gesetzlichen Verwendungspflicht stehen, den Vertragsparteien eingeräumt werden [2]).

Der Inhalt des Baugeldvertrages unterliegt der freien Vereinbarung zwischen Darleiher und Darlehensempfänger. Die Zweckbestimmung des Geldes braucht sich nicht im Rahmen der durch das Gesetz festgelegten Bezeichnung „zum Zwecke der Bestreitung der Kosten eines Baues“ zu halten. Es ist eine Bestimmung in der Weise zulässig, daß der Verwendungszweck im einzelnen geregelt

---

[1]) vgl. Glaser, DJZ. 1909, Sp. 1363; Hillig 33.

[2]) Inwieweit in solchen Fällen zwar dennoch die Ausübung vertraglicher Rechte dem Gesetz widersprechen wird, wird unter Bezugnahme auf die unten (§ 8) zu erörternden Auslegungsregeln über das Vorliegen der Zweckbestimmung und aus den sonstigen Voraussetzungen für den Begriff „Baugeld“ festzustellen sein.

wird. Ein Darlehen für gewisse mit dem Bau in losem Zusammenhange stehende Ausgaben oder zur Befriedigung von Gläubigern, für die die gesetzliche Verwendungspflicht nach § 1 Abs. 1 nicht besteht, aufzunehmen und durch das Grundstück dinglich zu sichern, kann ebensowenig durch die gesetzliche Vorschrift verboten sein. In gleicher Weise ist es wirtschaftlich unzulässig, die darlehensweise Aufnahme von Geldern zum Ankauf der Baustelle [1]), zur Ablösung von Hypotheken usw. zu untersagen, indem ihre Verwendung zu solchen Zwecken für unzulässig erklärt wird. Zu derartigen Zwecken werden Geldbeträge ebenso notwendig gebraucht, wie zur Herstellung des Baues. Die vertragliche Pflichterfüllung kann auch rechtlich weder verboten, noch eingeschränkt werden. Auf Grund der Bestimmungen über die Schuldverhältnisse ist der Kontrahent zur Einhaltung seiner Verpflichtungen gesetzlich gezwungen. Es kann daher das Gesetz nicht in eine derartige Vertragserfüllung hindernd eingreifen. Obgleich durch einen solchen Vertrag eine Umgehung der gesetzlichen Verpflichtung des § 1 möglich ist, so kann das Gesetz aus wirtschaftlichen und rechtlichen Gründen niemandem vorschreiben, sein Geld nur zu dem einen Zweck auszuleihen.

Bei einem derartigen Verhältnis der gesetzlichen Verpflichtung zu dem Baugeldvertrag könnte die Einhaltung des Gesetzes dadurch erzwungen werden, daß als Baugeldvertrag nur ein solcher angesehen wird, der einen bestimmten Inhalt hat und die gesetzlichen Merkmale des Baugeldbegriffs aufweist. Eine derartige Auslegung des Gesetzes geht zu weit. Es ist hierfür aus dem Gesetz nichts zu entnehmen, was für die Festlegung des Begriffs „Baugeldvertrag“ in diesem Sinne spräche. Es ist jedoch möglich, den einheitlichen Baugeldvertrag in solchem Falle als einen zusammengesetzten Darlehnsvertrag anzusehen, auf Grund dessen Gelder zu verschiedenen Zwecken gewährt werden. Eine Teilung dieses Vertrages in mehrere selbständige Verträge ist aber nicht angängig. Vom wirtschaftlichen Standpunkte wäre die Beschränkung der Bezeichnung „Baugeldvertrag“ nur auf solche Verträge, die Baugeld in gesetzlichem Sinne gewähren, wünschenswert. Dadurch würde das Heranziehen der Bauhandwerker und Lieferanten unter Hinweis auf die hohe Summe der für den Bau gewährten Gelder insoweit nicht mehr zu einem verderblichen Lockungsmittel. Aber auch die gesetzliche Verwendungspflicht würde ihrem Inhalte und ihrer Ausdehnung nach genauer umschrieben und dadurch ihr Zweck besser erfüllt und ihren Umgehungsmöglichkeiten vorgebeugt werden.

Das Gesetz enthält jedoch nur eine Bestimmung dafür, wann Baugeld im gesetzlichen Sinne vorliegt. Damit ist aber nicht ausgeschlossen, Baugeld im wirtschaftlichen Sinne vertraglich auszubedingen und dessen Verwendung hierdurch der gesetzlichen Verpflichtung zu entziehen. Da das Gesetz nur die bestimmungsgemäße Verwendung der Baugelder will, ist nicht ersichtlich, weshalb eine dem Gesetz entsprechende Bestimmung getroffen werden muß. Es wird sich zwar dann oft nicht mehr um Geldbeträge handeln, deren

[1]) vgl. Hillig 33.

Hingabe unter der gewöhnlichen Zubilligung der dinglichen Sicherung durch das Baugrundstück erfolgt, worin die Gefahr der Nichtbefriedigung der Baugläubiger bei der Zwangsversteigerung des Grundstückes liegt. Handelt es sich daher nur um solches Baugeld im wirtschaftlichen Sinne, wird dieses in irgendeiner anderen Weise von dem Empfänger gesichert, so liegt für den Gesetzgeber kein ausreichender Grund vor, der vertraglichen Zweckverwendung irgendwie entgegenzustehen. Anders aber, wenn Geldbeträge gewährt werden, die die gesetzlichen Merkmale aufweisen, deren Verwendung jedoch vertraglich geregelt ist, ohne daß diese Regelung nur zum Schein oder zur Umgehung des Gesetzes, sondern zur Befriedigung wirtschaftlicher Bedürfnisse getroffen ist. Da das Gesetz nur die bestimmungsgemäße Verwendung von Geldbeträgen vorschreibt, ist sein Wille die Einhaltung der durch den Vertrag begründeten Pflichten, soweit diese die Herbeiführung des gesetzlichen Zwecks erstrebt, im Interesse dritter Personen durch Einwirkung auf die Handlungsfreiheit des Baugeldempfängers zu erreichen und so die vertragliche Gebundenheit als eine gesetzliche Dritten gegenüber unter der Voraussetzung des Vorliegens eines Baugeldvertrages zu begründen. Es hat nicht allgemein bestimmt, daß Vertragsverabredungen nicht eingehalten und dafür eine gesetzliche Verpflichtung befolgt werde.[1]) Ein solcher Zwang würde auch den Grundsatz der Vertragsfreiheit in gefährlicher Weise durchbrechen und Dritten, die zu dem Vertrag in keiner rechtlichen Beziehung stehen, zu deren Gunsten der Vertrag unter Bezugnahme auf die §§ 328 ff. BGB. nicht als abgeschlossen gelten kann, einen rechtlich unmotivierten Vorteil bringen, da dieser auf die zwischen dem Bauherrn und den Baugläubigern abgeschlossenen Bauverträge nicht zurückzuführen ist. Der Grundsatz der in rem versio ist im Bürgerlichen Gesetzbuch als ein allgemeiner aber nicht anerkannt[2]).

Dem Baugeldempfänger liegt hiernach die gesetzliche Verpflichtung nicht ob, wenn die vertragliche Zweckbestimmung ganz oder teilweise eine andere ist, als sie das Gesetz verlangt. Nicht nur aus rechtlichen Erwägungen, auch aus praktischen Gründen muß eine grundsätzliche Einwirkung des Gesetzes auf vertragliche Vereinbarungen verneint werden. Das Gesetz verbietet nicht dem Geldgeber, zu anderen Zwecken als zur Bestreitung der Kosten eines Baues dem Unternehmer ein Darlehen zu gewähren. Es kann weder als zweckmäßig erachtet werden, dem Geldgeber die Verleihung seines Geldes nur in gewisser Weise zu gebieten, noch kann es als rechtswidrig erscheinen, daß der Darleiher Geld zu solchen Zwecken aufnimmt, für die er es ebenso braucht, wie für die Befriedigung von Baugläubigern. Es wäre auch nicht mit der auf die Handlungsfreiheit des Baugeldempfängers einwirkenden Verwendungspflicht zu vereinen, wenn dem Baugeldgeber kraft des Vertrages ein Recht, über die Verwendung der Gelder zu bestimmen,

[1]) vgl. Hagelberg S. 32.

[2]) vgl. jedoch Breit 350, der den ungenügenden Schutz des Baugläubigers gegenüber rigorosen Klauseln der Baugeldverträge mit Hilfe der Grundsätze der Unbilligkeit und Sittenwidrigkeit ausfüllen will.

nicht zustehen sollte. Wie § 34 voraussetzt, ist es rechtlich möglich, daß der Baugeldgeber zu seiner eigenen Sicherheit sich die Befugnis vorbehält, die Baugelder in bestimmter Weise oder nach eigenem Ermessen für Rechnung des Baugeldempfängers auszuzahlen. Eine gesetzliche Verwendungspflicht besteht nur für den letzteren, nicht für den Darleiher, der über sein eigenes Geld Verfügungen trifft. Er ist auch nicht Vertreter des Baugeldempfängers, da er kraft eigenen Rechtes handelt. Wieweit bei einem derartigen vertraglichen Vorbehalt der Geldgeber in der Verwendung der Gelder geht, steht in seinem Belieben. Er kann Gläubiger des Baugeldempfängers befriedigen, die nicht zu den Baugläubigern im Sinne des § 1 Abs. 1 gehören. Es ist für ihn von Wichtigkeit, Pfändungsgläubiger des Bauunternehmers von dem Neubau fernzuhalten und jede Störung des Baues zu vermeiden. In solchem Falle ist nicht ersichtlich, in welcher Weise das Gesetz dem Baugeldempränger, da ihm die rechtliche und tatsächliche Möglichkeit fehlt, über das Baugeld zu verfügen, überhaupt eine bestimmte Verwendung vorschreiben kann. (vgl. Hagelberg DJZ. 1900 S. 1199 ff., Breit 351, Stier-Somlo S. 58 Anm. 69.) Derartige Bestimmungen des Baugeldvertrages, nach denen dem Baugeldgeber die Verwendungsbefugnis vorbehalten wird, müssen als rechtsgültig erachtet werden. Und diese würden dann jedenfalls insoweit zur Regel, als vertraglich die Geldbeträge auch zu anderen als Bauzwecken verwendet werden sollen, wenn das Gesetz dem Baugeldempfänger die Einhaltung von Vertragspflichten in gewissem Umfange verbieten würde.

Es könnte jedoch in der Vorschrift des § 1 ein gesetzliches Verbot im Sinne des § 134 BGB. zu sehen und deshalb ein Vertrag, der gegen dieses Verbot verstößt, als nichtig zu betrachten sein. Wäre das der Fall, so würde dadurch nur erreicht, daß bei vertraglichen, der gesetzlichen Pflicht nicht entsprechenden Verabredungen im Zweifel die Nichtigkeit eines Vertragteils die Nichtigkeit des ganzen Vertrages bewirken würde. (§ 139 BGB.) In diesem rechtlichen Ergebnis wäre ein wirtschaftlicher Erfolg für die Baugläubiger nicht zu sehen. Der Vertrag über die bestimmungsmäßige Verwendung der empfangenen Gelder wäre als weggefallen zu erachten. Da das Leistungsgeschäft nichtig ist, würde dem Darleiher neben der Vindikation auch die Kondiktion nach Maßgabe des § 812 BGB. zustehen. In solchem Falle würde regelmäßig auch der Tatbestand des § 817 S. 1 gegeben sein. Dann könnte Herausgabe der Bereicherung entweder mit der condictio sine causa (§ 812) oder der condictio ob iniustam causam (§ 817 S. 1) verlangt werden. (vgl. OLG. Bd. 20, S. 247 ff.) Der Baugeldgeber könnte seinen Anspruch in dieser oder jener Weise begründen. Nur der auf § 817 Abs. 1 gestützten Klage könnte der Empfänger mit dem Einwande begegnen, daß dem Kläger ein Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot zur Last falle. (vgl. Staudinger Bd. II § 817, Ziff. 2 d, d, Ziff. 6; a. A. RG. Bd. 70, S. 4). Bei einem derartigen Charakter des § 1 würde die Lage des Unternehmers, sofern er Baugeldempfänger wäre, keine bessere und ebensowenig die Befriedigungsmöglichkeit der Baugläubiger.

Ein in dieser Weise ausgestaltetes Zwangsmittel müßte schon deswegen als ein ungeeignetes anzusehen sein. Zudem würde doch nur dem Empfänger die Vornahme derjenigen Handlung verboten sein, durch die Baugeld bestimmungswidrig verwendet wird. Dadurch würde noch keineswegs die Annahme der Geldbeträge durch einen Dritten eine verbotene Handlung darstellen. Das Rechtsgeschäft der Übertragung verstößt daher nicht gegen ein gesetzliches Verbot, und damit wäre auch das Rechtsgeschäft nach § 134 BGB. nicht nichtig. (vgl. RG. Bd. 18, 221.)

Aber man wird in § 1 ein gesetzliches Verbot im Sinne des § 134 BGB. überhaupt nicht sehen können. Aus der Entstehungsgeschichte des § 1 geht hervor, daß ein die Nichtigkeit von Rechtsgeschäften bewirkendes Verbot nicht geschaffen werden sollte (vgl. K. B. S. 25 ff.) Auch aus dem Wortlaut der Gesetzesbestimmung ist dafür nichts zu entnehmen. Das Gesetz enthält gar kein Verbot gegen die Vornahme einer Handlung, sondern stellt ein Gebot auf. Eine Gesetzesumgehung durch ein Rechtsgeschäft ist aber nur bei Verbotsgesetzen, nicht bei gebietenden Gesetzen möglich. Solche können nur erfüllt oder nicht erfüllt, aber nicht „umgangen" werden [1]). Liegt auch in einer Handlung gegen ein gesetzliches Gebot eine Rechtswidrigkeit, so braucht dieses Gebot keineswegs als lex perfecta die Handlungen schlechtweg nichtig machen, sondern die Folgen dieses rechtswidrigen Handelns können anderer Art sein. Jedenfalls findet § 134 BGB. nicht auf Uebertretungen gesetzlicher Gebote Anwendung.

2. Da die gesetzliche Verpflichtung des § 1 den Baugeldvertrag grundsätzlich in seiner Wirksamkeit unberührt läßt, ist eine Einschränkung und Ausschaltung des Gesetzes auf vertraglichem Wege möglich und nicht rechtswidrig. Dies wird dadurch geschehen können, daß die Verwendung der Baugelder anders, als das Gesetz es vorschreibt, geregelt wird. Ihr Verwendungszweck wird weiter ausgedehnt. Nicht nur für die an der Herstellung des Baues beteiligten Personen wird ihre Verwendung gestattet, sondern auch für Arbeiten und Leistungen, die nicht oder nur im losen Zusammenhange mit dem Bau stehen. Zugleich werden die einzelnen Baugeldraten durch Abzug der Zinsen früher gezahlter Raten, Provisionen usw. verkürzt (vgl. Hillig 32). Dabei macht es keinen Unterschied, ob in dem Vertrage die gesetzlichen Merkmale des Baugeldbegriffes enthalten sind. Soll jedoch überhaupt die gesetzliche Verpflichtung eintreten, so muß „Baugeld" im gesetzlichen Sinne gewährt werden. Daraus geht hervor, daß die Eigenschaft der Gelder als gesetzliches Baugeld vom Vertrage abhängig ist (vgl. § 9). Daher ist es den Vertragsparteien auch rechtlich möglich, die Baugeldverwendungspflicht dadurch auch auszuschließen, daß die gesetzlichen Begriffsmerkmale in den Vertrag nicht aufgenommen werden. Zu beachten ist, daß für die Baugeldeigenschaft gewisse Vermutungen sprechen. Wann trotzdem ein gesetzliches Merkmal

[1]) vgl. Staudinger, Bd. I, S. 463; Linkelmann, Arch. f. bürgerl. Recht Bd. 7. S. 216; Endemann, Lehrb. Bd. 1, § 11, Anm. 16.

des „Baugeldes“ nicht vorliegt, wird Auslegungsfrage sein. Jedoch können die Parteien nicht bestimmen, daß die Geldbeträge, obwohl die gesetzlichen Begriffsmerkmale des Baugeldes im Vertrage ausdrücklich enthalten sind oder auf Grund der gesetzlichen Vermutungen als gewollt erachtet werden müssen, der gesetzlichen Verwendungspflicht nicht unterliegen, sondern z. B. für jede Ausgabe Verwendung finden sollen. Diese allgemeine negative Klausel ist nicht geeignet, die Verwendungspflicht auszuschließen (vgl. Mügel 7, Hagelberg 29).

Der Vertrag wird jedoch mit seiner von der gesetzlichen Fassung abweichenden Zweckbestimmung ohne rechtliche Bedeutung sein, wenn er lediglich zum Schein abgeschlossen ist, um Dritten gegenüber dem Vertrage einen anderen Charakter zu geben, als ihm innewohnt (§ 117 BGB.), oder nur formelle Abweichungen von der gesetzlichen Formulierung enthält. In den letzteren Fällen wird zweifellos trotzdem die gesetzliche Verwendungspflicht eingreifen und damit auch eine Bestrafung des Baugeldempfängers nicht ausgeschlossen sein. In den Fällen der Nichtigkeit des Vertrages kann jedoch trotz Auszahlung und Vorhandensein von Baugeld eine Baugeldverwendungspflicht nicht als bestehend angenommen werden, da die durch den Vertrag gesetzte Zweckbestimmung mit Wegfall des Vertrages von vornherein als nicht vorhanden angesehen wird und die Baugeldeigenschaft dem Gelde nicht anhaftet (vgl. § 8, a. M, Hagelberg 29). Zudem wäre zu erwägen, ob mit dem Wegfall der Forderung durch Nichtigkeit des Vertrages nicht die dingliche Sicherung aufgehoben wird. Um die gesetzliche Verwendungspflicht zu modifizieren, bedarf es einer Willenseinigung, die ihrem Inhalt und ihrer Wirksamkeit nach ernstlich gewollt sein muß.

Durch solche vertragliche Bindung kann der Baugeldempfänger in seiner Verpflichtung, die Baugelder zu Gunsten der durch das Gesetz bestimmten Personen zu verwenden, eine günstigere oder ungünstigere Stellung, wie ihm das Gesetz als normale einräumt, erlangen.

Nur im beschränkten Umfange gestattet das Gesetz dem Baugeldempfänger, das Baugeld zu seinem Gunsten zu verwenden. Er darf sich nur teilweise für eigene Arbeiten und Aufwendungen aus dem Baugeld befriedigen (§ 1 Abs. 2). Er soll dadurch zwar den Baugläubigern gleichgestellt werden, die auch nur für einen Teil ihrer Forderungen Befriedigung aus dem Baugeld erwarten können. Dieses Recht des Baugeldempfängers kann vertraglich überhaupt ausgeschlossen oder noch mehr eingeengt werden (vgl Mügel 7, Hillig 33, Hagelberg 33). Dasselbe wird für die Befugnis des § 1 Satz 2 zu gelten haben. Hat der Empfänger seinerseits aus eigenen Mitteln Baugläubiger befriedigt, so kann ihm vertraglich verboten werden, die entsprechende Summe dem Baugeld als Entschädigung zu entnehmen, und zwar solange, bis alle Baugläubiger Befriedigung für ihre Bauforderungen erhalten haben. Oder es kann dem Empfänger die Verpflichtung obliegen, die Baugelder in bestimmter Höhe für die am Bau zuletzt beschäftigten Ausbauhandwerker vorzubehalten und zur Sicherung zu hinterlegen.

Auf der anderen Seite könnten die durch das Gesetz dem Baugeldempfänger auferlegten ausdrücklichen Befugnisse zur Entnahme von Baugeld zu seinen Gunsten erweitert werden. So wird ihm vertraglich erlaubt, für eigene Leistungen in voller Höhe das Entgelt dem Baugelde zu entnehmen. In derartigen Fällen wird zu untersuchen sein, ob es sich lediglich um einseitige Befugnisse des Baugeldempfängers handelt, denen im Vertrage keine äquivalenten wirtschaftlichen Leistungen entgegenstehen, oder um begründete Rechte, denen vollwertige Pflichten entsprechen. Dem Baugeldgeber wird dafür eine doppelte Sicherung in Gestalt einer Gesamthypothek, eine höhere Verzinsung, als üblich ist, versprochen. Bei der uneingeschränkten Vertragsfreiheit und der Abhängigkeit der Zweckbestimmung und damit der gesetzlichen Verpflichtung vom Vertrage ist ein derartiges, von dem Gesetzgeber nicht beachtetes Ergebnis nur die notwendige Folge. Es steht den Parteien ferner frei, zu vereinbaren, daß die einzelnen Baugeldraten erst nach teilweiser Herstellung des Baues, nach der Legung des Fundaments, nach der Kellerbalkenlage, der ersten, zweiten Stockwerkslage, nach „dachdicht" usw. fällig werden sollen. Das Geld kann teils für die an dem Bau beteiligten Personen in dem gesetzlichen Umfange, teils aber auch für die die Errichtung des Baues vorbereitenden Geschäfte, die mit dem Bau in einem Zusammenhange stehen, der nicht als Beteiligung aufgefaßt werden kann, gewährt werden, wie z. B. zur Bezahlung der Auflassungs- und Notariatskosten, der Besitzwechselabgaben, der Auflassungs-, Umsatz- und Wertzuwachssteuern, ferner zur Bezahlung von Inventarstücken, zur Besoldung der Gärtner, Gerüst- und Baubudenvermieter, Makler und sonstiger Personen, die nicht zu den Baugläubigern im Sinne des § 1 Abs. 1 gehören. [1]) Oder es wird dem Baugeldgeber vorbehalten, das Baugeld unmittelbar an die Baugläubiger auszuzahlen oder an Dritte, wie Banken oder Personen, die eine sachgemäße, anteilsweise Verteilung der Baugelder vornehmen sollen. Es kann ihm auch die Befugnis eingeräumt werden, einen Teil der Baugelder zu hinterlegen oder an andere Gläubiger, die mit der Errichtung des Baues nichts zu tun haben, Zessionen zu bewirken. Daß dem Geldgeber vor Auszahlung der Valuta umfassende Kontrollmaßnahmen zustehen können, um die Berechtigung der Forderungen und die Schaffung der nötigen Realsicherheit für seine Hypothek prüfen zu können, wird nicht zweifelhaft sein. Dann wird es dem Darleiher auch zustehen, mit

---

[1]) Vgl. Hagelberg, DJZ. 1909, S. 1200 und Glaser S. 1263; Hagelberg S. 33, 36; Hillig S. 33; Schneider 39 40; (nach diesem nicht bei Eintragung einer Bauhypothek). Ohne besondere oder aus den Umständen zu entnehmende Abmachung wird eine derartige Verwendung nicht dem Vertragszweck entsprechen, wie auch ein Vorrücken der Baugeldhypothek vor die Bauhypothek bei einem derartigen, auch ausdrücklich gestattetem Verbrauch der Gelder nicht zu verteidigen sein wird. Vgl. Soergel, Rechtspr. 1905, 128: „Zahlungen am Kaufpreise für das neu zu bauende Anwesen, von Kosten für die Kaufurkunde und für die Bestellung von Hypotheken, sowie von Zinsen aus diesen Beträgen sind zwar Leistungen, die der Bau veranlaßte, oder die in Beziehung zu ihm stehen, nicht aber Verwendungen in den Bau im Sinne des Baudarlehensvertrages". Vgl. ferner Hillig 17 und die dort angegebene Literatur über den Rücktritt vorher eingetragener Rechte.

dem Baugeldempfänger Bedingungen abzumachen, bei deren Eintritt ihm gewisse Rechte, wie Rücktritt von Vertrage,[1]) Retention der Baugeldraten, sofortige Kündigungsbefugnis der Hypothek erwachsen sollen.[2]) Als solche Umstände, von deren Eintritt die Entstehung derartiger Bestimmungen oft abhängig gemacht wird, werden in den Baugeldvertrag mit Rücksicht auf die wirtschaftlichen Verhältnisse im Baugewerbe meist aufgenommen die Pfändung oder Abtretung des Baugeldanspruchs, die erhebliche Verzögerung der Fertigstellung des Baues oder seine mehr oder minder mangelhafte Ausführung, die Einleitung der Zwangsvollstreckung in das Baugrundstück usw. Derartige gültige Vertragsbedingungen, deren Nichteinhaltung an Vertragsstrafen geknüpft ist, üben auf die Anordnungen über die Verwendung des Baugeldes durch den Empfänger oft eine Wirkung aus, die das Verhältnis seiner gesetzlichen zu seiner vertraglichen Verpflichtung beeinflußt. Durch den Vertrag wird oft dem Empfänger die Möglichkeit, über die Verwendung der Baugelder Bestimmungen zu treffen, überhaupt genommen oder eingeschränkt und damit der Inhalt und Umfang der gesetzlichen Verpflichtung zu Ungunsten der Baugläubiger modifiziert.

Ebenso können auch für den Gegenstand der Erfüllung besondere Vertragsabreden bestehen. Es brauchen nicht bare Geldbeträge geleistet zu werden, es können Leistungen an Zahlungsstatt gegeben und auf das Baugeld angerechnet werden, z. B. persönliche Arbeiten des Geldgebers, Lieferung von Materialien aller Art, Hingabe von Grundstücken zum Schätzungswert usw. Auch kann durch Vereinbarung die Einrechnung anderer Forderungen in das Baugeld gültig erfolgen. Die Umwandlung anderweitiger Forderungen in Darlehnsforderungen gemäß § 607 Abs. 2 BGB. wird aber in häufigen Fällen mit dem Zweck des Baugelddarlehns nicht zu vereinbaren sein. Eine vertragsmäßige Umwandlung oder Anrechnung derjenigen Forderungen, die aus Leistungen zur Herstellung des Baues, für dessen Erbauung das Baugeld gewährt werden soll, entstanden sind, wird nicht für unzulässig zu halten sein. (Vgl. § 8).

Auch werden von dem Baugeld oft Abzüge für Zinsen, Provision oder sonstige Unkosten von dem Geldgeber vorgenommen. Das wird in der Regel rechtlich zulässig sein. (Vgl. Staudinger § 607, II, 9, f.) Die tatsächliche Auszahlung des Baukapitals wird jedoch Bedingung dafür sein, ob und inwieweit die Einrechnung der Provision gestattet ist. (Vgl. Friedländer, a. a. O. S. 201). Es handelt sich hierbei nicht um einen Vermittlerlohn, sondern im Grunde nur um einen „Abzug", den der Kapitalist für die Geldhingabe macht. (Staudinger a. a. O.)

Zweifellos wird sein, daß die auf dem Gesetz beruhenden Gründe, die eine Aufhebung oder Änderung des Baugeldvertrages herbeiführen können, durch die gesetzliche Verwendungspflicht unberührt bleiben. Tritt eine wesentliche Verschlechterung in den Vermögensverhältnissen des Baugeldempfängers ein, so kann der

[1]) Hillig 33, Breit 350, der in diesem Punkte die Schwäche der gesetzlichen Bestimmung findet.

[2]) Vgl. Schema im Formularbuch der Freiwilligen Gerichtsbarkeit S. 295, § 9.

Geldgeber im Zweifel das Versprechen zur Hingabe des Baugelddarlehns widerrufen. (§ 610 BGB.) Das gesetzliche Rücktritts- und Aufrechnungsrecht, das Anfechtungsrecht des Gesetzes vom 11. Juli 1879, wie die Verzugsfolgen und Schadenersatzansprüche können unbeschadet ihres Eingreifens in die gesetzliche Verwendungspflicht geltend gemacht werden. (Vgl. Hagelberg 32).

Die gesetzlichen Vorschriften des § 1 als normaler, im Zweifel zu vermutender Inhalt des Baugeldvertrages wird durch derartige Abmachungen einer Änderung zu Ungunsten des Baugeldempfängers und damit der Baugläubiger unterworfen. Es können dem Empfänger jedoch, obwohl grundsätzlich nach der ausdrücklichen oder zu vermutenden Zweckbestimmung das Geld für die Herstellung des Baues gewährt wird, Befugnisse eingeräumt werden, die im Widerspruch zu dieser Zweckbestimmung stehen. Es wird vertraglich für ihn die Berechtigung geschaffen, das Baugeld auch zu beliebigen baufremden Zwecken, zu seinem persönlichen Bedarf usw. zu verwenden.

Enthält der Vertrag neben der ausdrücklichen oder stillschweigend vorauszusetzenden Verwendungsbestimmung des Geldes zur Bestreitung der Baukosten derartige einseitige Befugnisse zu Gunsten des Baugeldempfängers, die ohne Gegenleistung ihm eingeräumt sind, so besteht die Bedeutung der gesetzlichen Regelung darin, daß der Baugeldempfänger derartige vertragliche Rechte nur unter der Gefahr ausüben kann, zivil- und strafrechtlich haftbar gemacht zu werden. Bedeutungslos werden aber derartige Vertragsbestimmungen für den Baugeldempfänger nicht. Schlechthin unvereinbar mit der gesetzlichen Verwendungspflicht ist es nicht, daß ihm einseitige Befugnisse durch Vertrag eingeräumt werden, deren Ausübung von seinem freien Willen abhängig bleibt; vertraglich ist er auch zu deren Ausübung berechtigt. Gegen eine derartige Verwendung kann der Baugeldgeber nichts einwenden, da sie von ihm gewährleistet ist. Er kann sich auch nicht darauf berufen, daß diese Klauseln nichtig sind, weil sie gegen ein gesetzliches Verbot verstoßen. Der Darlehnsgeber wird gegen den Darlehnsempfänger daher weder wegen Verletzung der vertraglichen Pflichten, noch wegen unerlaubter Handlungen Ersatzforderungen gegen den Baugeldempfänger geltend machen können, wenn dieser innerhalb der vertraglich ihm gewährten Befugnisse verbleibt. Da aber offenbar derartige Vertragsbestimmungen gegen den Zweck des Gesetzes verstoßen, eine Abhilfe gegen die gewohnheitsmäßige baufremde Verwendung des Baugeldes zu bilden, wird nicht nur die Ausübung solcher einseitiger Befugnisse eine möglicherweise zum Schadenersatz und zur Bestrafung des Empfängers führende Verletzung der gesetzlichen Verpflichtung darstellen, sie werden vielmehr als Umgehungsversuche des Gesetzes anzusehen und gegenüber denjenigen Personen, zu deren Gunsten das Gesetz geschaffen ist, unwirksam und rechtsungültig sein. Die auf Grund solcher einseitiger Rechte beruhende Zweckbestimmung des Darlehnsvertrages wird als eine vertragliche Ausnahme, die die gesetzliche Verwendungspflicht aufzuheben oder zu beschränken geeignet ist, nicht zu gelten haben.

Diese Wirkung der gesetzlichen Vorschrift wird um so bedeutungsvoller sein, als oft beim Baugeldvertrag trotz anscheinender wirtschaftlicher Gegenleistungen des Baugeldempfängers für diesen nur einseitige Berechtigungen geschaffen werden sollen, um dadurch einmal den Baugläubigern die Übersicht über die wirkliche finanzielle Lage des Baues zu erschweren und in ihnen durch die scheinbar zu Bauzwecken gewährten Geldbeträge Vertrauen zu erwecken, andererseits dem Bauunternehmer die Möglichkeit zu geben, für seine Person ungestört von dem Baugelde zu entnehmen.[1])

3. Wie für die Begründung und den Umfang der Baugeldverwendungspflicht des § 1, so ist auch für ihr Fortbestehen der Wegfall oder die Änderung des Vertrages von maßgebender Bedeutung. Der Vertrag bildet die Grundlage der gesetzlichen Verpflichtung, von dessen Bestehen ihr Eingreifen abhängig ist. Mit dem Wegfall des Vertrages wird daher von dem Augenblick seiner Aufhebung „Baugeld" nicht mehr vorhanden sein. Das Gewähren von Geldbeträgen zur Bestreitung der Baukosten wird für die Zukunft sicherlich beseitigt, mag die Aufhebung durch Widerruf (vgl. RG. in Recht 1909 Nr. 1673, 1675, 2033) oder durch Vereinbarung erfolgen. Ob eine vertragliche Aufhebung oder Zweckänderung ohne zivilrechtliche und strafliche Folgen für den Baugeldempfänger erlaubt ist, ist hier nicht zu entscheiden. Zweifellos hat die Änderung keine Rechtsfolgen, wenn die Baugläubiger sämtlich für ihre Forderungen bereits befriedigt worden sind oder befriedigt werden und eine Benachteiligung daher nicht vorliegt. Hier soll nur festgestellt werden, von welchem Zeitpunkt an eine Verpflichtung zur gesetzlichen Verwendung überhaupt nicht mehr vorliegt. Fällt der Vertrag wegen eines Nichtigkeitsgrundes, z. B. wegen Geschäftsunfähigkeit einer der Parteien, wegen Simulation, Wuchers, mangelnder vertraglicher Form weg, oder wird der Vertrag angefochten oder durch Rücktritt aufgehoben, so wird der Erfolg für das Bestehen der Verwendungspflicht der gleiche sein, da der Vertrag, mit Ausnahme beim Rücktritt, von Anfang an als nichtig anzusehen ist. Das hat zur Folge, daß eine Zweckvereinbarung überhaupt nicht als vorhanden, eine Gewährung von Geldbeträgen zur Bestreitung der Baukosten nicht als geschehen angesehen wird. Damit entfällt die vertragliche Verwendungspflicht,[2]) und daraus ergibt sich, daß überhaupt kein Baugeld vorgelegen hat und damit auch die gesetzliche Verwendungspflicht, weil keine Zweckbestimmung vorliegt, nicht nur von dem Augenblick des Wegfalls des Vertrages aufgehoben, sondern als überhaupt nicht bestehend zu gelten haben wird. Sind tatsächlich noch Geldbeträge, die auf Grund des nichtigen Baugeldvertrages gewährt worden sind, in dem Besitze des Baugeldempfängers, so unterliegen diese der Verwendungspflicht nicht. Doch wird dadurch die Rechtswidrigkeit und Strafbarkeit einer vor der Anfechtungs- oder Nichtigkeitserklärung bereits bewirkten bestimmungswidrigen Verwendung nicht beseitigt. (vgl. Hillig S. 33). Auf einem anderen

---

[1]) vgl. ähnlich Hagelberg S. 33.
[2]) vgl. Hillig S. 33.

Standpunkte steht Hagelberg (S. 29; vgl. auch Mügel 18), nach dem die auf Grund des Vertrages einmal gewährten Gelder Baugelder im Sinne des Gesetzes sind und bleiben, und für deren Verwendung die gesetzliche Verwendungspflicht fortbesteht, weil die Baugeldeigenschaft, obgleich sie auf dem Vertrage beruht, nicht von dessen Rechtswirksamkeit abhängig ist. Wenn jedoch die Baugeldeigenschaft vertraglicher Natur ist, kann diese nur durch einen gültigen Vertrag entstehen und verlangt zu ihrem Fortbestehen einen rechtswirksamen Vertrag. Ist der Vertrag von Anfang an als nicht vorhanden anzusehen, so bewirkt diese Fiktion den Wegfall der Baugeldeigenschaft. Diese könnte ohne vertragliche Zweckbestimmung nur fortbestehen, wenn die Baugeldeigenschaft als ein von dem Vertrag verschiedenes und selbständiges Substrat den Geldbeträgen als solchen anhaftet. Damit wäre die Baugeldeigenschaft sachenrechtlicher Natur. Diese Schlußfolgerung, die die notwendige Folge der Ansicht Hagelbergs und Mügels ist, wird ausdrücklich von beiden abgelehnt (Hagelberg S. 34, Mügel 10).

Auch eine spätere Aenderung des Vertrages vor Auszahlung der Geldbeträge dahin, daß die Zweckbestimmung ganz oder teilweise aufgehoben oder abgeändert wird, ist gesetzlich erlaubt[1]) und unter den Parteien wirksam. Keine der Parteien kann sich auf einen Verstoß gegen ein Verbotsgesetz berufen. Auch haben die Baugläubiger wegen ihrer fälligen Forderungen nicht ein Recht an der Baugeldforderung. Da sich die Baugläubiger alle Modifikationen des Baugeldvertrages gefallen lassen müssen und auch kein Recht auf Abschluß eines Baugeldvertrages haben, so werden sie gegen nachträgliche Aenderung der Zweckbestimmung des Darlehnsvertrages ebensowenig etwas einwenden können. Die Aenderung der Zweckbestimmung wird auch möglich sein, wenn die dingliche Sicherung des Rückerstattungsanspruchs durch eine „Baugeldhypothek“ erfolgt ist (vgl. Hillig 33, a. M. Mügel 16). Einer Umwandlung in eine gewöhnliche Hypothek wird es nicht bedürfen, (a. M. Hagelberg 26) da ja die Baugläubiger durch das Nichtvorrücken der Hypothek, vor die Bauhypothek genügend geschützt sind. Bei ratenweiser Auszahlung der Geldbeträge wird es der Vereinbarung eines anderen Zweckes, dessen Vorliegen jedoch auch aus den Umständen entnommen werden kann, bedürfen. (Vgl. Hagelberg 26, Mügel 16). Von dem Zeitpunkt der Aenderung wird „Baugeld“ überhaupt nicht mehr oder nur in dem vertraglich noch bestimmten Umfange als gewährt anzusehen sein. Auch wenn bereits Geldbeträge geleistet sind, die ursprünglich Bauzwecken dienen sollten, so steht nichts im Wege, vertraglich eine andere Zweckbestimmung zu vereinbaren. Ob durch die Willensänderung nach Abschluß des Vertrages und die dem Abänderungsvertrag entsprechende Verwendung gegen die gesetzliche Verpflichtung verstoßen wird, ist eine andere Frage.

---

[1]) Vgl. Hagelberg 26, Hillig 33, Schneider 40.

§ 7. Die Konstruktion des Baugeldvertrages und sein Tatbestand.

Die Gewährung der Baugeldbeträge erfolgt auf Grund eines Darlehensvertrages, dessen Wesen darin besteht, daß der Darlehnsnehmer dem Darleiher das Empfangene in Sachen von gleicher Art, Güte und Menge zurückzuerstatten hat. Von seiten des Darleihers muß beim Baugeldvertrag die Hingabe von „Geldbeträgen", nicht von anderen vertretbaren Sachen erfolgen.[1]) Dagegen steht es frei, die Rückerstattung anderer Werte zu vereinbaren.

Neben den Besonderheiten des Baugeldvertrages wird zunächst seine allgemeine Natur als Darlehnsvertrag seine Erörterung zu finden haben.

Nach der herrschenden Meinung wird in der Darlehnshingabe der Abschluß des eigentlichen Darlehnsvertrages und in der Vereinbarung zur Hingabe eines Darlehns ein Vorvertrag des eigentlichen Hauptvertrages, ein pactum mutuo dando, gesehen. Hiernach liegt in dem Akt der sachlichen Hingabe die Begründung des Schuldverhältnisses, so daß der Darlehnsvertrag als Realvertrag aufgefaßt wird. Zur Unterstützung dieser Auffassung dient die Bezugnahme auf die Stellung der Motive zum BGB. (Bd. II, 305) und auf die Zulässigkeit von Realverträgen überhaupt nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch.[2])

Nach anderer Ansicht ist das Darlehn konsensualer Natur; die Hingabe der Valuta stellt die Vertragserfüllung, wie beim Kauf die Uebergabe der Kaufsache, nicht den Vertragsschluß dar.[3])

Die Qualifizierung des Darlehnsvertrages als Real- oder Konsensualvertrag hat praktische Bedeutung[4]) auch für den Baugeldvertrag. Daher wird nicht nur, um die rechtliche Natur dieses Vertrags zu erkennen, die Feststellung in dieser Hinsicht notwendig, die mit Rücksicht auf die Gepflogenheiten des Baugeldvertrages erfolgen soll.

Für die Auffassung des Darlehns als Konsensualvertrag spricht der natürliche Hergang bei dem Abschluß und der Erfüllung des Vertrages. Es ist nicht notwendig, in dem Versprechen, ein Darlehn geben zu wollen, und in der Annahme dieses Versprechens lediglich und ständig den Abschluß eines Vorvertrages, der zwar stattfinden kann, zu erblicken. Es ist vielmehr der eigentliche Grund der Darlehnshingabe und begründet zugleich die Verpflichtung zur Rück-

---

[1]) vgl. Hagelberg, Bank-Archiv, 11. Jahrg. 1911/12, S. 152.

[2]) vgl. Staudinger II, 2 Vorb. zu § 607 Z. 2 S. 967; Planck, Vorbem. III, 3; Oertmann, Vorb. 2; Crome § 247 Nr. 3 b; Dernburg § 234, I; Enneccerus-Lehmann § 362; Neumann, Bem. 2; Fischer-Henle, Bem. 3 zu § 607; Goldmann-Lilienthal § 166 Nr. 2; Matthiaß § 121 S. 320 ff.; Eck-Leonhard, Vorträge S. 506 ff.; Kuhlenbeck in JW. 1904 S. 377; RG. E. in Warneyer Erg. Bd. 1910 Nr. 191; Regelsberger in Iherings Jahrb. 52, S. 411; Höniger in Arch. f. bürgl. Recht Bd. 33 S. 278; Du Chesne in KGBl. Jahrg. 18, 49—51.

[3]) vgl. Kohler in Arch. f. bürgl. Recht Bd. 2, S. 211, Bd. 33, S. 1; Lehrb., Bd. II S. 339; Lammfromm, Teilung, Darlehn, Leipzig 1897, S. 78 ff.; Hohenstein, Zur Darlehnslehre n. BGB. S. 32; Böhmer, Der Erfüllungswille S. 26 ff.; Lübbert in Iherings Jahrb. Bd. 52, 313, 360 ff.; Brütt, abstrakte Forderungen S. 17 ff.

[4]) vgl. Lübbert a. a. O. S. 371; entg. Regelsberger a. a. O. S. 426.

erstattung. Man wäre sonst gezwungen, bei Annahme eines Realvertrages ohne Abschluß eines Vorvertrages in der Vereinbarung besonderer Vertragsbestimmungen, wie Zinszahlung, Kündigung, dinglicher Sicherung, einen neuen neben dem Hauptvertrage hergehenden konsensualen Nebenvertrag zu sehen, auf dem die Verpflichtung zur Einhaltung solcher Nebenbestimmungen beruhte. Entweder ist es erforderlich, einen derartigen Nebenvertrag als geschlossen anzunehmen, oder auf einen Vorvertrag, der seiner Art auch nur ein Nebenvertrag wäre, den Rechtsgrund der Nebenbestimmungen zurückzuführen. Bei dem Abschluß eines Realvertrages ist die Aufnahme derartiger konsensualer Verpflichtungen als Bestandteile des Vertrages nicht denkbar. Des weiteren müßte man auf den Vorvertrag als einzigen Rechtsgrund dann zurückgehen und die Hingabe der Geldbeträge als Erfüllung dieses Vertrages ansehen, wenn die Auszahlung der Valuta von dritter Seite auf Grund vorheriger Anweisung ohne Wissen des Baugeldgebers und auch des Baugeldempfängers unmittelbar an die Baugläubiger (vgl. § 34 Abs. 1 S. 1 Bauf. S. G.) erfolgt. Jedenfalls kann hier von einer auch zum Zustandekommen eines Realvertrages notwendigen Willenseinigung nicht die Rede sein. Denn der Baugeldempfänger als Vertragsgegner wird oft erst von der Auszahlung des Baugeldes lange Zeit nachher erfahren und der Darleiher erst dann, wenn eine Abrechnung von der auszahlenden Bank ihm überbracht wird. Von einem in der Schwebe befindlichen, noch nicht angenommenen Antrag auf Abschluß des Realvertrages kann auch nicht gesprochen werden, wenn der Baugeldempfänger vor dem Darleiher die Auszahlung des Baugeldes an die Baugläubiger erfährt. Man würde dann die Annahme eines noch nicht abgegebenen Antrages konstruieren müssen. Zudem wäre auch dann ein Darlehnsvertrag anzunehmen, wenn der Kapitalist Abzüge macht, die er als Provision, Unkosten oder Zinsansprüche berechnet. Hier erfolgt überhaupt keine Auszahlung der Valuta, sondern der Darlehnsanspruch des Baugeldempfängers wird durch Aufrechnung getilgt.

Für die Fälle, in denen ein von dem Geldgeber beauftragter Dritter die Valuta auszahlt, hat das Reichsgericht die Theorie über die Ermächtigung zum Vertragschluß aufgestellt. Der Darlehnsschuldner hat „den Anspruch auf Zahlung der bestimmten Geldsumme mit der Wirkung, daß er dafür Darlehnsschuldner des Zahlenden werde." In einer Abtretung dieses Anspruchs ist immer „zugleich die Ermächtigung des Zessionars enthalten, die Auszahlung des Geldes für den Zedenten als den zukünftigen Darlehnsschuldner entgegenzunehmen"[1]). Zwar kann dagegen nicht vorgebracht werden[2]), daß der beauftragte Dritte oder der Anweisungsempfänger sich nicht bewußt ist, daß es sich um Baugeld handelt. Da an das auszuzahlende Geld nicht die Baugeldeigenschaft geknüpft ist, und da es an sich zum Zustandekommen eines Darlehnsvertrages belanglos ist, zu welchem Zwecke das Darlehn geliehen wird, so stände dieser Umstand nicht im Wege, um unter Zugrundelegung der Ermächtigungs-

[1]) RG. in JW. 1908, 449 Nr. 13; 636 Nr. 6; RG. 32, 365 ff.; 68, 355 ff.
[2]) vgl. Hagelberg 30.

theorie das Zustandekommen eines Realdarlehnsvertrages zu erklären. Dennoch kann in dem Auftrag zur Auszahlung oder der Anweisung zum Empfange des Geldes nicht als inhärierender Bestandteil dieser Rechtshandlungen die Ermächtigung zur Abgabe von Willensäußerungen zu sehen sein, welche nicht auf Verwirklichung eigener, sondern lediglich fremder Zwecke gerichtet ist und nur über die Wirkung einer fremden Willenserklärung bestimmt. Es handelt sich bei der Theorie des Reichsgerichts über die Ermächtigung zum Darlehnsabschluß um eine Fiktion, die die Anwendung von Rechtssätzen an einen erdachten Tatbestand knüpft und eine unzweifelhaft nicht vorhandene Tatsache als vorhanden hinstellt.

Ohne Zuhilfenahme dieser Fiktion, die den natürlichen Vorgängen im Rechtsleben Zwang antut und den modernen Verkehrsanschauungen nicht gerecht wird, kann man, unter Beobachtung der Gepflogenheiten bei Eingehung und Abwickelung des Baugeldvertrages in dem sog. Darlehnsversprechen, dem römisch- und gemeinrechtlichen pactum de mutuo dando et accipiendo, den eigentlichen Darlehnshauptvertrag erblicken. Auf die konsensuale Natur des Baugelddarlehns weist das Gesetz in der Begriffsbestimmung des § 1 Abs. 3 hin, in dem es von einem „gewährt werden," also von einem Versprechen der zukünftigen Hingabe von Geldbeträgen spricht (vgl. Hillig 15). Allerdings muß die Abmachung genügend bestimmt sein, so daß im Streitfalle unter Anwendung des § 315 BGB. richterlich die für den Vertrag erforderlichen essentiellen Einzelheiten, vor allem die Höhe des Darlehns festgestellt werden kann. Eine genügende Bestimmung des Gegenstandes liegt schon vor, wenn der Umfang des zu leistenden Darlehns sich nach dem Bedürfnisse des Empfangsberechtigten für einen bestimmten Bau richten soll (ROHG. Bd. 9, S. 38; Bd. 17, S. 218; OLG. Bd. 17, S. 372). Die Höhe des Darlehns ist auch hinreichend bestimmt, wenn durch Bauzeichnungen und Kostenanschläge feststeht, was und wie gebaut werden soll. (RG. in Recht 1909 Nr. 1738).

Dieses sog. Darlehnsversprechen schafft die Verpflichtung des Darleihers zur Hingabe des Geldes, die durch Befreiungsgründe, insbesondere den Fall des § 610 BGB., wegfallen kann. In diesem Vertrage sind die Bedingungen der Rückzahlung, Verzinsung festgestellt und sonstige Nebenverabredungen, wie die der dinglichen Sicherung getroffen. Derartige zweifellos konsensuale Vertragsbestandteile lassen sich mit dem sog. Darlehnsversprechen zwanglos verbinden. Es wird in dem Darlehnsversprechen nicht, wie nach der herrschenden Ansicht, ein Vorvertrag zu sehen sein, in welchem die Verbindlichkeit (contrahendi causa) eines Vertrages bestimmter Art, des Hauptvertrages, übernommen wird, vielmehr hat die Verpflichtung zur Hingabe des Darlehns (obligandi causa) und zur Rückerstattung ihren Rechtsgrund in dem persönlichen Schuldversprechen und wird nicht erst durch die Hingabe des Geldes geschaffen. Hierin ist lediglich die Erfüllung des Vertrages zu sehen. (vgl. Hagelberg 30, 31, Hillig 15.) Die Hingabe der Geldbeträge bleibt vertragliche Voraussetzung der Rückzahlungspflicht. Der Empfangsberechtigte kann vor Auszahlung die exceptio non adimpleti contractus geltend

machen. Er hat seinerseits einen klagbaren Anspruch darauf, daß die Zahlung in der nach Zeit, Art und Umfang vereinbarten Weise erfolgt. [1])

Bei dieser Begründung von Verpflichtungen, die auf der Seite des Darleihers in der Gewährung einer Kapitalsumme und einer gewissen Mitwirkungspflicht bei Rückerstattung des Darlehns besteht, auf der Seite des Empfängers in der Verzinsung und Rückzahlung, handelt es sich um einen gegenseitigen Vertrag im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuches[2]).

Man wird nicht überzeugend dartun können, daß die Verzinsung der Darlehnssumme, vornehmlich bei solchen Darlehnsverträgen, die auch zugleich im Interesse einer guten Kapitalsanlage eingegangen werden, eine Nebenleistung, nicht einen Bestandteil der Hauptleistung darstellt, ohne den der Vertrag nicht zustande gekommen wäre[3]).

Zweifelloser wird der Darlehnsvertrag in den Fällen, in denen die Gewährung des Darlehns nur gegen Bestellung dinglicher Sicherheit, wie dies beim Baugeldvertrag die Regel bildet, erfolgt, von seiner wirtschaftlichen Seite als Kapitalanlagegeschäft, von seiner rechtlichen als Kauf einer Sicherheit anzusehen[4]) sein. Dann werden die §§ 320—327 BGB. auf den Baugeldvertrag unbeschränkt Anwendung finden. Dies wird insbesondere für den Rücktritt und Schadensersatz von Bedeutung sein. Der Darlehnsgeber wird bei dem verzinslichen Darlehn, dessen Fälligkeitstermin an bestimmten Zeitpunkten ratenweise erfolgt, im Falle der Rückständigkeit der Zinszahlung für eine bereits entrichtete Baugeldrate nach entsprechender Fristsetzung vom Vertrage zurücktreten können (Affolter a. a. O.; Friedländer a. a. O., 196, Schneider 37; RG. 37, 336).

Neben diesen allgemeinen, bei Beurteilung des rechtlichen Charakters des Baugeldvertrages zu beachtenden Kriterien der Konsensualität und Gegenseitigkeit des Vertrages stehen einzelne Besonderheiten, die für seine rechtliche Beurteilung von Wichtigkeit sind. Ein wesentlicher Bestandteil des Baugeldvertrages ist seine Zweckbestimmung. Der Baugeldvertrag ist ein Zweckdarlehn. Die Gewährung der Geldbeträge muß zum Zwecke der Bestreitung der Kosten eines Baues erfolgen. Jedoch ist keineswegs erforderlich, daß die Zweckvereinbarung ihrem Umfange nach sich in den vom Gesetz in § 1 Abs. 1 und Abs. 2 gesetzten Grenzen halten muß. Ein Baugeldvertrag liegt vor, wenn nur die Verwendung in

---

[1]) Gegen die Zulässigkeit eines Vorvertrages vgl. auch Affolter, Arch. f. bürgl. Recht Bd. 26 (1905) S. 3, 4; Schloßmann, Iherings Jahrb. Bd. 45, S. 1, 38, 71 ff.

[2]) vgl. Bechmann, Kauf Bd. 2 S. 273; Stintzing, Die Vorverpflichtung im Gebiet der Schuldverh. 1. Teil 1903 S. 62; Rehbein, Kom. Bd. I S. 207; Kohler, Arch. f. bürgl. Recht Bd. 2 S. 211; Lehrb. II S. 339; Lammfromm, Affolter a. a. O. S. 1 ff. . .

[3]) Auch bei Verzinslichkeit wird das Darlehn als einseitiger Vertrag aufgefaßt von Staudinger Bd. II Vorb. z. Darlehn Z. 2; Oertmann Vorb. 5 vor § 607; Endemann I § 184; Cosack I § 142 Nr. III; Crome System S. 586; Partiarische Rechtsgesch. S. 368; Matthiaß § 121, S. 323.

[4]) vgl. RGE. JW. 1909 S. 309 Nr. 4; RGE. Recht 1909 Nr. 2786 u. Nr. 2933; Staudinger Anm. II 9, γ § 607 S. 975; Friedländer Bl. f. R. A. 1904, 196.

einer unmittelbar oder mittelbar mit der Bauaufführung im Zusammenhang stehenden Weise erfolgen soll. Wird zugleich neben der Zweckvereinbarung zur Verwendung des Geldes in dem eben erwähnten Umfang jedoch auch eine Verwendung zu anderen, als Bauzwecken abgemacht, so liegt insoweit kein eigentlicher Baugeldvertrag vor. Dann handelt es sich um einen zusammengesetzten, sog. gemischten Vertrag (vgl. Enneccerus Lehrb. d. B. R. Bd. I, § 323). Für die rechtliche Beurteilung derartiger gemischter Verträge werden die Sätze über den Baugeldvertrag insoweit gelten, als Geldbeträge zum Zwecke der Bestreitung der Kosten des Baues gewährt sind.

Neben der Zweckbestimmung wird als weiterer wesentlicher Bestandteil des Baugeldvertrages die Sicherung des Anspruches des Geldgebers durch eine Hypothek oder Grundschuld an dem zu bebauenden Grundstück aufzustellen sein[1]). Die dingliche Sicherung kann auch in der Weise erfolgen, daß die Uebertragung des Eigentums an dem Grundstück erst nach gänzlicher oder teilweiser Herstellung des Baues stattfinden soll. Die Sicherung muß an oder durch das Baugrundstück, nicht durch andere Grundstücke erfolgen. Auch darf, da das Gesetz von einem zu bebauenden Grundstück spricht, der Bau nicht vor Abschluß des Baugeldvertrages vollendet sein. Stellt ein Erbbauberechtigter den Bau her, so kann die Sicherung des Geldgebers durch Verpfändung des Erbbaurechts oder durch die Aufschiebung der Uebertragung oder Bestellung des Erbbaurechtes nach gänzlicher oder teilweiser Herstellung des Baues erfolgen. Die ratenweise Zahlung der Baugelder ist dagegen nicht Begriffsmerkmal des Baugeldvertrages, wie bisher von der Rechtsprechung angenommen wurde (vgl. RG. 37, 337; Seufferts Bl. 71, 224; Sächs. OLG. 23, 368; Verhandl. d. RT. S. 43). Es wird hierin eine gesetzliche Vermutung für das Vorliegen eines Baugeldvertrages zu sehen sein (vgl. Breit 350; Mügel 7; Friedländer 349, Hillig 19; Hagelberg 24; Schneider 38, im einzelnen vgl. §§ 5 und 8). Zum Tatbestand des Baugelddarlehns gehören daher lediglich die Vereinbarung über die Zweckbestimmung und die dingliche Sicherung des Rückerstattungsanspruchs des Geldgebers.

Weitere Eigentümlichkeiten des Baugeldvertrages liegen in der wirtschaftlichen Bedeutung dieses Darlehns[2]). Diese beruht darin, daß die städtische Gebäudeproduktion ihre finanzielle Grundlage in der Baugeldbeleihung hat. Auf der Baustelle wird eine im Verhältnis zu ihrem Werte im unbebauten Zustande hohe Hypothek eingetragen. Da die Sicherheit für diese Hypothek nicht in der unbebauten Baustelle zu sehen ist, ergibt sich als Besonderheit dieser hypothekarischen Beleihung, daß die für das Darlehn haftende Sicherheit zum größten Teil erst allmählich durch die Herstellung des Baues geschaffen wird. Der den Bau herstellende Unternehmer hat meist, wie dem Baugeldkapitalisten nicht unbekannt ist, kein Vermögen in ausreichender Höhe, um dem Darleiher ge-

[1]) vgl. Hagelberg, Bank-Arch. a. a. O. S. 152.
[2]) Hagelberg, Bank-Arch. a. a. O. S. 150, 151.

nügende persönliche Sicherheit zu bieten. Außer dem jedem Darlehnsschuldner gewährten Kredit liegt daher in der Gewährung der teilweisen beträchtlichen Baugeldbeträge noch die Bezeugung eines besonderen Vertrauens und der Ausdruck der Erwartung, daß der Bauherr, mit dem der Geldgeber kontrahiert hat, den geplanten Bau sachgemäß innerhalb der gesetzten Frist fertigstellen wird. Bei diesem gegenseitigen Vertrauen „ist der Baugeldvertrag wirtschaftlich ein gemeinschaftliches Unternehmen, bei dem der Baugeldgeber das Geld, dessen der Bauherr bedarf, um den Bau auszuführen, so wie es dieser gebraucht, zur Verwendung bei dem Bau hergibt, der Bauherr aber den Bau ausführt oder für seine Rechnung ausführen läßt, sich zum Eigentum, dem Baugeldgeber zur Sicherung für das Darlehn“ (vgl. RG. Bd. 37 S. 339, auch Bd. 38 S. 311; Schneider 37). Diese dem Baugeldvertrage eigentümlichen Gefahren unterscheiden ihn von einem einfachen Darlehnsvertrage oder einem Darlehnsvertrage zur Erreichung eines sonstigen Zweckes oder von Verträgen, auf Grund deren landwirtschaftliche Grundstücke oder ein fertiges Gebäude hypothekarisch beliehen wird.

§ 8. Der Gegenstand der Verwendungspflicht.

Das Gesetz stellt in § 1 Abs. 3 bestimmte Merkmale für den Begriff „Baugeld“ auf, die das auf Grund des Vertrages gewährte Baugeld aufweisen muß, um der gesetzlichen Verwendungspflicht zu unterliegen. Diese Verpflichtung erstreckt sich nicht auf das Baugeld, bei dessen Gewährung die gesetzlichen Voraussetzungen im Vertrage nicht getroffen sind. Es steht rechtlich nichts im Wege, derartiges, nicht unter die gesetzliche Begriffsbestimmung fallendes Geld als Baugeld vertraglich zu gewähren und auch als Baugeld zu bezeichnen. Wird auf Grund eines Vertrages daher Baugeld gewährt, das teils als Baugeld im gesetzlichen, teils als Baugeld im wirtschaftlichen Sinne aufzufassen ist, so kann neben der vertraglichen Verpflichtung, diese abändernd und verstärkend, für einen Teil der gewährten Geldbeträge die gesetzliche Verwendungspflicht bestehen. Das dieser Pflicht unterliegende Baugeld kann man als das verwendungspflichtige, alles übrige als verwendungsfreie bezeichnen, obgleich auch dafür eine vertragliche Verwendungspflicht bestehen wird.

Verwendungspflichtiges Baugeld liegt vor, wenn es sich handelt um

1. Geldbeträge, die
2. zum Zwecke der Bestreitung der Kosten eines
3. Baues
4. gewährt werden, unter der
5. Sicherung der Ansprüche des Geldgebers durch Hypothek oder Grundschuld an dem Baugrundstück oder durch Eigentumsvorbehalt an diesem Grundstück.

Neben den verwendungsfreien Geldbeträgen, die vertraglich neben dem Baugeldvertrag zu anderen als Bauzwecken oder nicht zur Befriedigung der im Gesetz genannten Gläubiger bestimmt sind, wird auch diejenige vertraglich gewährte Leistung der Verwendungs-

pflicht nicht unterliegen, bei der eine der genannten Voraussetzungen des gesetzlichen Baugeldbegriffes nicht vorliegt.

Die Gewährung der Leistung auf Grund des Baugeldvertrages muß derart geschehen, daß „Geldbeträge" gegeben werden müssen. Nach dem Sprachgebrauche unserer Reichsgesetze ist Geld nur Münze, der jedoch Papiergeld, Reichskassenscheine und Banknoten in der Geldfunktion für den allgemeinen Verkehr gleich stehen. Keine Geldqualität besitzen Briefmarken, Zinsscheine, Wechsel, Anweisungen, Cheks, Reichsschatzanweisungen. Trotzdem wird auch kaum zweifelhaft sein, daß eine Gewährung von Geldbeträgen auch vorliegt, wenn eine Hingabe von derartigen Wertpapieren, Pfandbriefen, Reichs- oder Staatsschuldverschreibungen zum augenblicklichen Kurs- und Marktwert erfolgt mit der Bestimmung zur Einkassierung oder zum Verkauf, sodaß das Gezahlte das Darlehn bilden soll. Es muß nur die Höhe der Geldbeträge rechnerisch genau feststehen oder zu berechnen sein. [1]) Statt Geld können vertretbare Sachen anderer Art, wie Materialien, die nicht zum Bau bestimmt sind, gewährt werden, wenn die Vereinbarung getroffen wird, daß die Sachen verkauft und der Erlös als Darlehn behalten werden solle. (Sog. *contractus mohatrae*). Der Erlös der Ware, der jedoch in Geld bestehen muß, stellt in solchem Falle den Gegenstand des Darlehns dar [2]). Dasselbe wird zu gelten haben, wenn andere Sachen nach einer Schätzung mit der Bestimmung hingegeben werden, die darauf entfallenden Summen sollen als Darlehn geschuldet werden. Die Hingabe von Inhaberpapieren wird nur dann als Gelddarlehn angesehen werden können, wenn ein Gelddarlehn von Anfang an beabsichtigt ist, also wenn der Darlehnsempfänger die Inhaberpapiere zu einem bestimmten Wert an Zahlungstatt annimmt, oder wenn ihm die Inhaberpapiere zu einem bestimmten Preise, der nach dem Kurswert, aber auch auf andere Weise bestimmt sein kann, kaufsweise mit der Bestimmung überlassen werden, daß er den Kaufpreis als Darlehn behalten solle, oder wenn die Hingabe zu dem Zweck erfolgt, daß er die Papiere verkaufe und den Erlös als Darlehn behalte und verwende. Immer wird es von den Umständen des einzelnen Falles abhängen, ob die Inhaberpapiere zur Vermittelung eines Gelddarlehns hingegeben werden, oder ob sie selbst Gegenstand des Darlehns sein sollen. (Vgl. Mot. II S. 809; Staudinger Bem. z. § 607 II, 5 b; Matthiaß § 121 S. 322). Auch die Hingabe von Baumaterialien, Leistung persönlicher Arbeiten des Geldgebers und Verrechnung des Preises auf die vertraglich bedungene Geldleistung kann als Umgehung des Gesetzes nicht erscheinen. Werden jedoch von vornherein Baumaterialien oder sonstige Waren und Artikel für den Bau kreditiert und der geschuldete Kaufpreis dinglich gesichert, so liegt keine Gewährung eines Darlehns vor. Zu beachten ist, ob auch dann noch ein Baugelddarlehn vorliegt, wenn

[1]) Daß wenigstens der Darlehnsbetrag in Geld ausgedrückt ist, erscheint im Hinblick auf §§ 133, 157 BGB. nicht erforderlich; jedoch Friedländer 319; Schneider 39.

[2]) Vgl. Mot. z. BGB. II, 308; Oertmann Bem. 23 § 607; Enneccerus § 362 Bem. 2 b; Staudinger II Bem. II 3 a zu § 607.

Geld oder andere vertretbare Sachen aus einem anderen Grunde geschuldet werden und eine Vereinbarung zwischen dem Bauherrn und dem Gläubiger erfolgt ist, daß das Geld oder die Sachen als Darlehn unter dinglicher Sicherung weiter geschuldet werden solle (§ 607 Abs. 2 BGB.). Hierbei handelt es sich meist um eine vertragsmäßige Anerkennung und Feststellung des Anspruchs oder um ein abstraktes Schuldversprechen oder Anerkenntnis (§§ 780 ff BGB.). Soll das frühere Rechtsverhältnis rechtlich wie eine Darlehnsschuld behandelt werden, so kann von einer Gewährung von Baugeldbeträgen, mag es sich um eine Umwandlung von Geldschulden oder sonstigen Schulden handeln, nur dann gesprochen werden, wenn die früheren Schulden aus Leistungen zur Herstellung des Baues entstanden sind [1]). Denn allgemein steht dieser Einrechnung anderer Forderungen in das Baugeld und die Baugeldhypothek das Fehlen der Zweckbestimmung der Geldbeträge zur Bestreitung der Baukosten entgegen. Es erscheint begrifflich ausgeschlossen, jede andere Leistung in ein Darlehn zum Zwecke des Baues umzuwandeln. Es liegt darin auch wirtschaftlich eine Gefahr für den Darleiher, indem ihm mannigfache Forderungen, wie das Restkaufgeld, auf das Baugeld angerechnet werden und ihm zur Vollendung des Baues nicht genug Barmittel bleiben. Auf der anderen Seite kommen aber auch die beteiligten Handwerker und Lieferanten zu kurz, die im Vertrauen auf die Höhe des zahlenmäßig, jedoch nicht tatsächlich gewährten Baugeldes mit ihren Leistungen in Vorschuß gehen. Bei der hier gut geheißenen beschränkten Umwandlung würde jedoch zu erwägen sein, ob der Ausdruck des Gesetzes „gewährt werden" überhaupt dahin verstanden werden kann, daß darunter nicht nur eine unmittelbare Hingabe, sondern auch eine rechnerisch gedachte Hingabe fällt. Bei Verneinung der letzteren Auslegung würde die Anwendung des § 607 Abs. 2 BGB. überhaupt nicht zuzulassen sein. Bei Fehlen einer ausdrücklichen Einschränkung des im Bürgerlichen Gesetzbuch niedergelegten Grundsatzes wird jedoch mit Rücksicht auf den Zweck des Gesetzes eine beschränkte Anwendung im oben erörterten Sinn nicht abzuweisen sein. Denn auch einer tatsächlichen Hingabe der Geldbeträge an den Baugeldempfänger in irgendeiner der erwähnten Gewährungsarten bedarf es nicht. Dieses Erfordernis würde die Umgehung des Gesetzes zur Folge haben [2]).

Das Baugeld kann auch in anderer Weise zu Gunsten der Baugläubiger gewährt werden. Der Baugeldgeber kann sich vertraglich ausbedingen, die Zahlungen an die Baugläubiger unmittelbar selbst oder durch einen Treuhänder für Rechnung des Vertragsgegners zu bewirken. Auch durch Eröffnung eines Kredits bei einer Bank oder einem Dritten, indem der Baugeldgeber Wechsel mit-

---

[1]) Vgl. Friedländer, Bl. f. R. A. Bd. 69, S. 199 ff. 513 ff.; Hagelberg S. 23; Staudinger II § 607, II, Ziff. 9, g; Recht 1905, S. 617 OLG. München; Bl. f. R. A. Bd. 71, S. 223. Warum § 607 Abs. 2 BGB. lediglich die Umwandlung in eine abstrakte Darlehnsschuld gestatten soll, wie Hillig 16 meint, ist nicht einzusehen. vgl. Staudinger a. a. O. VII, c.

[2]) Vgl. Friedländer 199 ff., 513 ff.; Staudinger II § 607 II Ziff. 9, g, S. 977; Hagelberg 23; Recht 05, S. 617; Bl. f. R. A. Bd. 71, S. 223; abweichend Hillig S. 16.

zeichnet, um sie diskontfähig zu machen, oder Bürgschaft leistet (vgl. Mügel 6, Hillig 16), kann die Gewährung der Geldbeträge erfolgen, und zwar in der Weise, daß der Darlehnsnehmer nur auf Anweisung, Scheck oder Wechsel über sein Guthaben verfügen kann.

Die durch den Baugeldvertrag zum Ausdruck kommende Zweckbestimmung bezeichnet inhaltlich, daß die Geldbeträge zur Bezahlung der durch die Herstellung eines Baues entstehenden Forderungen gewährt sein müssen.

Aus der Feststellung der Zweckvereinbarung und der Auslegung der sonstigen Bestimmungen des Vertrages wird hervorgehen, inwieweit der gewollte Verwendungszweck durch die wirtschaftlichen Bedürfnisse beider Parteien und die vertraglich versprochenen oder gewährten Gegenleistungen gerechtfertigt ist. Dadurch wird die Möglichkeit geschaffen, eine einseitige Berechtigung des Baugeldempfängers zu erkennen, die lediglich für ihn eine Vergünstigung darstellt, ohne durch gleichwertige Verpflichtungen auf seiner Seite eine Kompensation zu bieten. Im Hinblick auf das Verhältnis zwischen der gesetzlichen Verwendungspflicht und dem Baugeldvertrag wird somit die Untersuchung nach der Zweckbestimmung der gewährten Geldbeträge in zwiefacher Beziehung von Wichtigkeit sein. Es wird daraus hervorgehen, ob eine Zweckvereinbarung, die die Grundlage für die Bestimmung der Geldbeträge als Baugeld im gesetzlichen Sinne bildet, vorliegt. Dann wird sich zugleich daraus ergeben, inwieweit gültige, die gesetzliche Verwendungspflicht abändernde Vereinbarungen vorliegen, und inwieweit Vereinbarungen getroffen sind, die dem Baugeldempfänger Befugnisse gewähren, die durch die gesetzliche Verwendungspflicht ausgeschlossen werden.

Für die Ermittelung der Zweckbestimmung und deren Auslegung werden die Umstände des Einzelfalles heranzuziehen sein. Als allgemeine Grundsätze werden jedoch folgende gelten können.

Der Zweck der Verwendung kann ausdrücklich derart bestimmt sein, daß nur ein Teil der Geldbeträge zur Deckung der Baukosten verwendet werden soll, ein anderer zur Bezahlung sonstiger Schulden, zum Ankauf des Bauplatzes usw. Ist diese Zweckbestimmung ernstlich gemeint und auch wirtschaftlich gerechtfertigt, so wird kein reiner Baugeldvertrag vorliegen, sondern ein seinen Zwecken nach zusammengesetzter Darlehnsvertrag. Dann kann von Baugeld im Sinne des Gesetzes und einer gesetzlichen Verwendungspflicht nur insoweit die Rede sein, als die Geldbeträge zur Bestreitung der Baukosten bestimmt sind. Bei einer Vereinbarung zur Befriedigung von Forderungen, die mit der Errichtung des Baues zwar in Zusammenhang stehen, nicht aber unter die vom Gesetz beachteten, aus dem Baugeld zu befriedigenden Forderungen gehören, wird es sich um keinen reinen Baugeldvertrag handeln. Bei einer Zweckvereinbarung, die mit der Errichtung des Baues nichts zu tun hat, liegt überhaupt kein Baugeldvertrag vor. Dasselbe wird gelten, wenn aus der Art des Vertrages hervorgeht, daß es sich überhaupt um kein Baugelddarlehn, sondern um einen anderen Vertrag handelt. Dann ist es gleichgültig, ob in dem Vertrag von „Baugeld“ und Baukosten gesprochen wird. Einer ausdrücklichen anderen Zweck-

bestimmung bedarf es nicht, es wird mit Berücksichtigung der §§ 133, 157 BGB. auch bei Fehlen ausdrücklicher Vereinbarungen der stillschweigende, aus der Natur des Geschäftes zu erforschende Wille der Parteien genügen, um die gesetzliche Verwendungspflicht auszuschließen. (Vgl. Hagelberg S. 24; a. M. Mügel S. 8).

Werden die Baugelder allgemein zur Bestreitung der Kosten eines Baues gewährt, so genügt die Bestimmung, um die gesetzliche Verwendungspflicht eintreten zu lassen, und zwar in vollem Umfange der gewährten Baugelder. Für eine derartige Vereinbarung ist, sofern aus der Natur des Schuldverhältnisses nichts Abweichendes sich ergibt, die gesetzliche Vorschrift von entscheidender Bedeutung. Die Verwendung der Geldbeträge wird dann durch das Gesetz ausschließlich geregelt. Ob eine Willenseinigung dahin getroffen ist, die Gelder nur zur Zahlung bestimmter Bauschulden, z. B. zur Befriedigung der Lieferanten zu verwenden, hindert die Einhaltung der gesetzlichen Verpflichtung nicht, wenn nur die Personen unter die Gläubiger fallen, für die das gesetzliche Befriedigungsrecht besteht. Die vertragliche Abmachung einer Reihenfolge, in der die Baugläubiger befriedigt werden sollen, widerspricht nicht der gesetzlich verlangten Zweckbestimmung.

Die allgemeine Zweckbestimmung zur Bestreitung der Baukosten wird oft aus verschiedenen Umständen zu entnehmen sein. Wird für die Darlehnsrückforderung eine dingliche Sicherung in der Weise an dem Baugrundstück bestellt, daß in das Grundbuch eine Hypothek als „Baugeldhypothek“ oder unter ähnlicher Bezeichnung (vgl. Friedländer 319, Hillig 20) eingetragen wird, so ergibt diese Eintragung die Zweckbestimmung des Geldes. Eine Baugeldhypothek soll nicht eingetragen werden, wenn nicht das Darlehn zu Bauzwecken in vollem Umfang bestimmt ist. Jedoch ist diese im § 1 Abs. 3 aufgestellte gesetzliche Vermutung keine präsumptio iuris et de iure, (a. M. Hagelberg 24, Schneider 39, jedoch Hillig 19); es wird vielmehr Widerlegung der Vermutung zulässig sein. Dazu bedarf es der Aufdeckung der gegenseitigen wirtschaftlichen Bedürfnisse der Parteien, wie diesen durch den Vertrag genügt werden sollte, um daraus auf das Gegenteil oder einen mannigfachen Zweck zu folgern. Bloße Vermutungen und gedachte Möglichkeiten reichen zu der Widerlegung der gesetzlichen Vermutung nicht aus.[1]) Für die Zweckbestimmung der gewährten Geldbeträge wird auch sprechen, wenn eine Hypothek oder Grundschuld vor oder bei Beginn eines Baues auf dem Baugrundstück eingetragen wird und die Grundschulden ergeben, daß der zu erwartende Bau erst die analoge Sicherheit für das Darlehn bilden soll. Auch aus der Vereinbarung, die Valuta nach Maßgabe des Fortschreitens des Baues auszuzahlen, während für den gesamten Betrag der zu gewährenden Gelder bereits das Baugrundstück haftet und eine nähere Zweckbestimmung der Verwendung fehlt, wird der Zweck der Gewährung der Geldbeträge zu folgern sein. In der ratenweisen Aus-

[1]) Vgl. K. G. Pos. Mschr. 1906 S. 108; Planck, Bem. 4 zu § 892; JW. 1901 S. 546; RGE. in JW. 1903 Beil. 91; Kretschmar in Sächs. Archiv Bd. 11 S. 168 ff.; Staudinger § 891 Ziff. 2, d. S. 167.

zahlung ohne nähere Bestimmung der Verwendung sieht das Gesetz eine Vermutung für das Vorliegen von Baugeld, das der gesetzlichen Verwendung unterliegt. Die Bedeutung dieser beiden gesetzlichen Vermutungen besteht darin, daß derjenige, der eine Verletzung der Baugeldverwendungspflicht behauptet, nicht zu beweisen braucht, daß die auf Grund des Vertrages gewährten Geldbeträge der gesetzlichen Verpflichtung unterliegen. Der Umfang der gesetzlichen Verwendungspflicht wird zu seinen Gunsten präsumiert. Damit wird jedoch auch nicht im letzteren Falle (vgl. Friedländer 349, Hagelberg 24, Hillig 19, a. M. Schneider 39) der Gegenbeweis ausgeschlossen, daß der Vertrag zur Erreichung eines anderen Zweckes abgeschlossen war. Das Gesetz verlangt auch nicht von den Parteien bei ratenweiser Zahlung der Gelder eine ausdrückliche Vereinbarung eines anderen Zweckes. Dieser kann stillschweigend abgemacht sein und sein Vorliegen aus den Umständen gefolgert werden (a. M. Mügel S. 7).

Damit sind aber keineswegs die Umstände erschöpft, aus denen sich die allgemeine Zweckbestimmung ergeben kann. Es wird in jedem Falle Auslegungsfrage sein, ob der Zweck der gewährten Geldbeträge aus dem Vertrage und den seinen Abschluß und seine Erfüllung begleitenden rechtlichen und tatsächlichen Verhältnissen geschlossen werden kann.

Das Baugeld muß für die Herstellung eines „Baues“ gewährt werden. Wer den Bau ausführt, ist nicht von Wichtigkeit. Es kann der Grundstückseigentümer oder auf dessen Rechnung oder mit dessen Zustimmung ein Dritter oder ein Erbbauberechtigter sein. Auch auf die Art des Baues und seinen wirtschaftlichen Zweck kommt es nicht an.[1])

Des weiteren verlangt die gesetzliche Begriffsbestimmung eine kreditweise Gewährung von Geldbeträgen. Es muß sich um ein Anvertrauen des Geldes handeln gegen das Versprechen der zukünftigen Zurückgewährung dieser Beträge. Daher werden weder geschenkte Geldbeträge, noch Vergütungen und Vorschüsse an Personen, die am Bau beteiligt sind, als ein „Gewähren“ aufzufassen sein. Die Leistungen, die nur mit Rücksicht auf erfüllte oder späterhin zu erfüllende Vertragsverbindlichkeiten gemacht werden, sind regelmäßig kein Darlehen, da sie nicht mit der Verpflichtung der Rückerstattung gegeben, noch empfangen werden, sondern als Gegenleistung zwecks Schuldtilgung von Forderungen, die nicht durch den Baugeldvertrag entstanden sind. Hat ein Hauptunternehmer die Herstellung des Baues gegen eine in Raten zu zahlende Vergütung übernommen, sich hierfür eine Hypothek eintragen lassen und diese an einen Geldgeber abgetreten, so erhält er das von diesem ihm ausgezahlte Geld zu freier Verfügung und Verwendung und ist in dem Verbrauch des Geldes nicht der gesetzlichen Verpflichtung unterworfen. (vgl. Schneider 39, Hagelberg 23). Erfolgt jedoch der Austausch der Forderungen gemäß § 1180 BGB.

---

[1]) vgl. über den Begriff „Bau“ und die Geltung des § 1 bei Herstellung von Bauten durch Erbbauberechtigte § 5 S. 43 ff, 45 ff.

unter Mitwirkung des Eigentümers in der Weise, daß statt der Forderung aus dem Werkvertrage zwischen Unternehmer und Eigentümer eine Forderung des Eigentümers gegen den Geldgeber auf Zahlung von Baugeld an den Unternehmer dinglich gesichert werden soll, so wird es sich um Gewährung von Geldbeträgen zur Bestreitung der Baukosten handeln. Ob Schulden des Baugeldempfängers oder einer dritten Person, die die Bauverträge abgeschlossen hat, getilgt werden sollen, ist für die Kreditierung der Geldbeträge gleichgültig, wenn das Geld nur zur Bestreitung der Baukosten gewährt wird. Die Gewährung kann auch darin bestehen, daß der Darleiher für Rechnung des Empfängers die Tilgung der aus der Herstellung des Baues erwachsenen Schuldverbindlichkeiten übernimmt.

Die dingliche Sicherung des Rückforderungsanspruches des Geldgebers besteht darin, daß das Baugrundstück in irgendeiner Weise für die Sicherheit der Forderung haftet. Haften muß das Baugrundstück oder das Grundstück, dessen Bestandteil die Baustelle ist, oder das Baugrundstück neben einem anderen Grundstück. Bildet jedoch ein anderes Grundstück als das Baugrundstück die dingliche Sicherung, z. B. haftet wechselseitig das eine Baugrundstück für die Baugelder, die für die Herstellung eines Baues auf dem anderen Grundstück gewährt werden und umgekehrt, so fehlt das von dem Gesetz aufgestellte Merkmal der Haftung des Baugrundstücks. Doch werden in derartigen Vereinbarungen oft nur Umgehungsversuche des Gesetzes zu sehen sein. (vgl. Hagelberg S. 27) Baugeld in gesetzlichem Sinne liegt dann nicht vor, wenn Geld zur Bestreitung der Baukosten gegen irgend welche andere Sicherung oder ohne Sicherung oder ohne dingliche Sicherung verliehen wird. So können Bürgen zur Sicherheit gestellt oder bewegliche Pfänder gegeben, Wertsachen hinterlegt, oder die einzelnen Raten gegen indossable Wechsel gegeben werden. (vgl. Harnier, § 1 Anm. 4, Stenglein § 1 Ziff. 3, 1016, Hagelberg 27, Schneider 39, Stier-Somlo 36)

Die Art der Haftung des Baugrundstücks[1]) kann eine verschiedene sein. Zur Sicherung des Anspruches des Geldgebers wird eine Hypothek oder Grundschuld an dem Baugrundstück bestellt, oder es erfolgt die Übertragung des dem Geldgeber gehörenden Grundstückes erst nach gänzlicher oder teilweiser Herstellung des Baues.

Die Hypothek für die sofort oder erst künftig fälligen Baugelder braucht nicht als Sicherungshypothek (§ 1184 BGB.) in Form der Baugeldhypothek (§ 34 Bauf. S. G.) oder Maximalhypothek (§ 1190 BGB.) gewährt zu werden, sie kann vielmehr auch als gewöhnliche Darlehns-, sogen. Verkehrshypothek (§ 1113 BGB.) mit oder ohne Bildung eines Briefes eingetragen werden. (vgl. Soergel, Rechtspr. 1907 S. 392, 412, Recht 1907 S. 700 Nr. 1145). Auch durch eine Gesamthypothek (§ 1132 BGB.), durch die das Baugrundstück neben anderen haftet, kann die dingliche Sicherung ge-

[1]) Der Haftung des Grundstücks steht die Haftung des Erbbaurechts gleich.

schaffen werden. Der Hypothek steht die Grundschuld (§ 1191 BGB.) gleich und da die Rentenschuld (§ 1199 ff. BGB.) der Grundschuld rechtlich gleichgestellt ist und ihr in ihrer wirtschaftlichen Bedeutung nahekommt, wird auch die Haftung des Grundstücks in der Form der Rentenschuld genügen. (vgl. Hagelberg 27, Hillig 17).

Welcher Rang der hypothekarischen Belastung zusteht, ist gleichgültig. In der Regel wird die Gewährung von Baugeld von der Einräumung eines gewissen Vorranges abhängig gemacht werden [1]). Für Hypothekenbanken bestehen besondere gesetzliche Vorschriften (vgl. Hypothekenbankgesetz vom 13. Juli 1899, § 11 ff.) Es steht auch nichts im Wege, wenn für das Baugeld mehrere Arten der erwähnten grundrechtlichen Belastungen in gleichem oder verschiedenem Range eingetragen werden.

Da nach dem gesetzlichen Ausdruck die Hypothek oder Grundschuld der Sicherung des Anspruches des Geldgebers nur zu dienen braucht, bedarf es nicht der Eintragung einer Hypothek oder Grundschuld, sondern es ist ausreichend, wenn ihm die Verfügung über das dingliche Recht durch Verpfändung oder Abtretung oder Übereignung zur Sicherheit eingeräumt wird. Auch eine mittelbare Sicherstellung genügt. Es wird zunächst eine Schuldverschreibung auf den Inhaber, ein Wechsel oder eine sonstige Verpflichtungsurkunde ausgestellt und zu deren Sicherheit eine Hypothek z. B. in Gemäßheit des § 1187 BGB., eingetragen [2]). Oder es übernimmt der Hypothekengläubiger die Bürgschaft für die Rückzahlung der Baugelder und stellt dem Darleiher seine Hypothek durch Zession oder Verpfändung zur Verfügung. Auch kann lediglich der Rückgriff gegen den Bürgen des Darlehnsschuldners durch Bestellung oder Übertragung einer Hypothek an dem Baugrundstück gesichert werden [3]). Das Grundstück dient der Sicherheit der Ansprüche des Geldgebers, wenn dieser kraft eines eingetragenen Rechts aus dem Grundstück im Vollstreckungswege sich befriedigen kann. Es wird jedoch durch den ernstlich gewollten Eintritt eines Dritten derart, daß dieser Baugeldgeber ist und nicht lediglich Vermittelungsperson, während dem eigentlichen Darleiher die dingliche Sicherung an dem Grundstück zusteht, die Bedingung der Sicherung für den Begriff „Baugeld“ nicht geschaffen. Ergibt sich aus den Umständen, daß das Dazwischenschieben des Dritten nur zur Umgehung des Gesetzes erfolgt ist, so wird für den Baugeldempfänger die gesetzliche Verpflichtung dennoch bestehen.

Eine hypothekarische Belastung ist zur Sicherung der Ansprüche des Geldgebers nicht notwendig, wenn dieser kraft eines Eigentumsrechtes über die Baustelle verfügen kann und der Bau auf Grund des Akzessionsprinzips seinem Vermögen unmittelbar zuwächst. Derselbe Zweck wird erreicht, wenn dem Geldgeber zur Sicherung

---

[1]) vgl. Recht 1908, 2472; über die Frage, wieweit der Rücktritt vorher eingetragener Rechte sich erstreckt, vgl. Hillig 17.

[2]) vgl. Mügel 5, Hagelberg 28, Hillig 18; ferner RG. 59, 313; Bl. f. R. A. 73, 226 ff.; Z. f. fr. G. 8, 330; 10, 296.

[3]) Mügel, Hagelberg a. a. O.

seines Anspruches das Eigentum an dem Baustellengrundstück übertragen wird. Der Eigentümer des Grundstücks schließt mit dem Unternehmer einen durch die Fertigstellung des Hauses bedingten Kaufvertrag und zugleich einen Baugeldvertrag ab, durch den sich der Eigentümer oder für dessen Rechnung ein Dritter zur Zahlung von Baugeldern verpflichtet. Die rechtliche Stellung des Geldgebers ist in solchen Fällen eine sicherere, wie bei bloßer hypothekarischer Belastung. Kommt der Unternehmer seinen Verpflichtungen nicht nach, so tritt der Eigentümer vom Kaufvertrage zurück, wodurch seine Verpflichtung zur Eigentumsübertragung entfällt und ihm die zur Fertigstellung des Baues bis dahin bewirkten Leistungen der Handwerker ohne eine Entschädigungspflicht diesen gegenüber verbleiben. Daher trägt das Gesetz kein Bedenken, der pfandrechtlichen Belastung zur Sicherung des Geldgebers den Fall gleichzustellen, daß die Übertragung des Eigentums [1]) an dem Grundstück erst nach gänzlicher oder teilweiser Herstellung des Baues an den Bauherrn erfolgen soll. Auch hier kommt es nicht auf die Rechtsform an, in welcher die Absicht des Beteiligten verwirklicht wird; entscheidend ist, ob die Übertragung des Eigentums an dem zu bebauenden Grundstück erweislich zu Sicherungszwecken hinausgeschoben wird. Eine Übertragung des Eigentums muß aber beabsichtigt sein. Errichtet der Pächter oder Nießbraucher auf dem Grundstück des Geldgebers einen Bau, ohne daß die Übertragung des Eigentums stattfinden soll, so ist von Baugeld im Sinne des Gesetzes keine Rede. Der Übereignungswille braucht jedoch nicht in einem dem § 313 BGB. in Bezug auf die Form entsprechenden Vertrag oder Vertragsantrag bindend zum Ausdruck gekommen sein.

Nach den im Gesetz aufgestellten essentiellen Erfordernissen für den Begriff „Baugeld“ werden im Baugeldvertrage oft Verabredungen getroffen, die auf die Baugeldeigenschaft keinen Einfluß haben und deshalb eine Verwendungspflicht bestehen lassen. So gehört es nicht zum Begriff des Baugeldes, ob eine Auszahlung des Geldes nach dem Fortschreiten des Baues ausgemacht worden ist, oder die ganze Summe auf einmal gezahlt werden soll. Im Anschluß an die Praxis beim Baugeldgeschäft ist vor dem Reichsgesetz über die Sicherung der Bauforderungen in der Rechtsprechung (RGE. Bd. 37 S. 337) und Literatur (vgl. Friedländer, der Baukapitalvertrag nach dem neuen bay. R. Seuff. Bl. 69, 196) die Auszahlung des Geldes in Raten nach dem Fortschreiten des Baues, als Begriffsmerkmal des Baugeldvertrages aufgenommen worden. Diese quotenmäßige Auszahlung bildet nach dem Gesetz nur eine widerlegbare Vermutung für das Vorliegen von Baugeld. Es muß jedoch festgestellt werden, von welchem und bis zu welchem Zeitpunkt noch aus dem Vertrage Geld ausgezahlt werden kann, ohne daß dieses Geld bereits oder nicht mehr der Verwendungspflicht unterliegt. Auf den Beginn des Baues kommt es dabei nicht an, wenn nur die Errichtung des Baues in Aussicht genommen ist, und die Kosten dieses Baues durch das gewährte Geld bestritten werden sollen.

[1]) oder des Erbbaurechts (vgl. § 5, § 45 ff.).

Wohl aber ist die Beendigung des Baues darauf von Einfluß. Zwar kann es nicht darauf ankommen, ob die einzelne Baugeldrate nach Vollendung des Baues z. B. bei „dachdicht", ausgezahlt werden soll. Jedoch muß der Baugeldvertrag während der Herstellung des Baues abgeschlossen sein und die Geldbeträge zur Bebauung des Grundstücks gewährt werden. Nur dann liegt Baugeld im gesetzlichen Sinne vor, da das Gesetz von der Sicherung der Ansprüche des Geldgebers „an dem zu bebauenden Grundstück" spricht. (vgl. Mügel 6, Hillig 15; a. M. Hagelberg 14, 29.)

Als weiteres wesentliches Merkmal des Vorliegens von Baugeld ist das Bestehen von Forderungen Voraussetzung, die durch die Beteiligung an der Herstellung des Baues auf Grund eines Werk-, Dienst oder Lieferungsvertrages entstanden und in ihrer Gesamtheit noch nicht getilgt worden sind. Zwar steht nichts im Wege, daß noch Geldbeträge nach Bestreitung sämtlicher Kosten eines Baues gewährt werden, damit der Bauherr, der seinerseits die Baugläubiger befriedigt hat, mit diesen Beträgen die dazu anderweitig eingegangenen Dahrlehnsschulden tilgen soll. Im wirtschaftlichen Sinne kann man zwar auch hier noch von Schulden, die die Herstellung des Baues verursacht hat, sprechen; jedoch wird es sich bei Befriedigung derartiger Gläubiger nicht um solche Gläubiger handeln, die auf Grund eines Dienst-, Werk- oder Lieferungsvertrages an der Herstellung des Baues beteiligt gewesen sind. Da deshalb von einer gesetzlichen Verwendungspflicht nicht mehr gesprochen werden kann, ist die Frage aus diesem Grunde entschieden. In solchen Fällen wird es sich im wirtschaftlichen Sinne um die Aufnahme von Ablösungsgeldern handeln, die zur Tilgung der meist hochverzinslichen Baugeldschulden und zur Regulierung der hypothekarischen Verhältnisse des Baugrundstücks dienen sollen.

Für das Vorliegen von Baugeld, dessen Verwendung der gesetzlichen Verpflichtung unterliegt, ist es gleichgültig, ob die vertragliche Zweckbestimmung dahin geht, daß gewisse Baugläubiger, die zu den gesetzlich berücksichtigten Baugläubigern gehören, lediglich oder in erster Linie Befriedigung aus dem gewährten Baugelde erhalten sollen. Gesetzlich steht eine Reihenfolge für die Befriedigung der Gläubiger nicht fest. Das Baugeld wird daher einigen bevorzugten Gläubigern vorbehalten werden können. Eine derartige vertragliche Verpflichtung, die die Art und Weise der Befriedigung der Gläubiger regelt, widerspricht nicht dem Baugeldbegriff. Ob es sich des weiteren um solche Gläubiger handelt, die mit dem Baugeldempfänger unmittelbar kontrahiert haben oder um solche, die durch eine Zwischenperson zur Beteiligung an der Herstellung des Baues herangezogen worden sind (sog. Nachmänner im Sinne des § 19 Bauf. S. G.) ist auch für den Baugeldbegriff und damit für die Verwendungspflicht ohne Erheblichkeit. Das Vorliegen eines obligatorischen Verpflichtungsgrundes des Baugeldempfängers ist für das Bestehen der gesetzlichen Verwendungspflicht nicht notwendig [1]). Aus der Bezeichnung des Gesetzes „Empfänger" geht weiter hervor,

[1]) anders für die Bestrafung des Baugeldempfängers. vgl. § 15 dieser Arbeit.

daß die Person des Baugeldempfängers keiner besonderen Qualifikation bedarf. Er braucht keineswegs eine leitende oder beaufsichtigende Stellung einzunehmen. Seine Beziehung zu dem Bau kann eine derartig lose sein, daß ihm lediglich die Prüfung der fertiggestellten Arbeiten und die Beurteilung der Sachgemäßheit der Forderungen zufällt. Diese Funktionen können auch anderen Personen obliegen, während dem Baugeldempfänger nur die Befugnis zuzustehen braucht, auf deren mit Belegungen versehenem Prüfungsergebnis und Anweisung die Dispositionen über die Verteilung der Baugelder zu treffen. Das Vorliegen von Baugeld im gesetzlichen Sinne ist an persönliche oder wirtschaftliche Eigenschaften des Baugeldempfängers, die in Beziehungen zu der Herstellung des Baues oder der Baugläubiger ihren Entstehungsgrund haben, nicht geknüpft.

§ 9. Die Baugeldeigenschaft.

Der Begriff „Baugeld“ ist die gesetzliche Bezeichnung für eine vertragliche Zweckbestimmung; sie dient als sprachliches Mittel zur Unterscheidung der Geldbeträge, die auf Grund des Vertrages zum Zwecke der Bestreitung der Kosten eines Baues gewährt werden, von sonstigen Mitteln, für die vertragsmäßig eine andere Zweckbestimmung besteht, die dem Gesetz gegenüber gültig ist und diese Mittel der gesetzlichen Verwendungspflicht entzieht. Auch diesen Mitteln kann die Bezeichnung Baugeld beigelegt sein. Dann handelt es sich jedoch nicht um die gesetzliche Bezeichnung, sondern um eine wirtschaftliche, durch die nur zum Ausdruck kommen soll, daß der Zweck der Verwendung die Herstellung eines Wirtschaftsobjektes sein soll, ohne daß die Verwendung der Mittel neben der vertraglichen Verpflichtung einer gesetzlichen Regelung unterliegt. Der Begriff „Baugeld“ im Sinne des Gesetzes, dessen rechtlicher Charakter nur Gegenstand der Erörterung sein soll, paßt daher nur auf die „Geldbeträge“, die unter den gesetzlichen Voraussetzungen gewährt und daher der gesetzlichen Verpflichtung des § 1 unterliegen.

Insoweit ist der Begriff aber auch ein einheitlicher. Er kann nicht seiner rechtlichen Natur nach anderer Art sein, wenn Münzen oder Papiergeld dem Baugeldempfänger in bar gegeben, anderer Art wiederum, wenn durch Krediteröffnung die Gewährung der Geldbeträge erfolgt, oder wenn der Geldgeber oder ein Dritter die Zahlungen unmittelbar an die Baugläubiger bewirkt. In allen Fällen handelt es sich, wenn sonst die gesetzlichen Voraussetzungen vorliegen, um Geldbeträge, die zum Zwecke der Bestreitung der Kosten eines Baues gewährt werden, und denen die Baugeldeigenschaft daher in gleicher Weise zukommen muß. Eine nähere Bezeichnung für die Art des Verwendungsgegenstandes als „Geldbeträge“ enthält die gesetzliche Definition nicht und gibt dadurch auch keine weiteren Anhaltspunkte für die Beurteilung des Baugeldbegriffes. Insbesondere spricht das Gesetz nicht von irgend einem Recht an dem Verwendungsgegenstand für diejenigen Personen, zu deren Gunsten die Geldbeträge verwendet werden sollen. Man könnte dazu kommen, in der Zweckbestimmung eine Festlegung der Geldbeträge und die rechtliche Natur der Baugeldeigenschaft in einer Verfügungsbe-

schränkung oder einem Veräußerungsverbot zu sehen. Bestände der rechtliche Charakter des Baugeldbegriffs in einem gesetzlichen Veräußerungsverbot im Sinne des § 135 BGB., so würden die Verfügungen über die Geldbeträge den Baugläubigern gegenüber unwirksam sein, bis die durch das Verbot geschützten Interessenten wegfallen. An sich steht nichts im Wege, um eine bestimmte Verwendung von Geldbeträgen herbeizuführen, dies im Wege der Anordnung eines Veräußerungsverbots zu erreichen. Ein derartiges Veräußerungsverbot im Sinne des § 135 stellt jedoch die Vorschrift des § 1 weder ausdrücklich auf, noch liegt in der gesetzlichen Verwendungspflicht incidenter zugleich eine derartige Verfügungsbeschränkung. § 1 enthält keine Unwirksamkeitserklärung für bestimmte Handlungen, er stellt vielmehr nur eine bestimmte Verpflichtung zur Verwendung der Baugelder auf und schreibt als Übertretungsfolge ausdrücklich in § 5 die Bestrafung keine Unwirksamkeit rechtsgeschäftlicher Verfügungen vor. Wie Hagelberg [1]) zutreffend ausgeführt hat, ist ein Veräußerungsverbot nicht als selbstverständlich, gewissermaßen als begriffsnotwendiger Wesensbestandteil einer solchen Verpflichtung anzusehen. Er verweist auf die analoge Verpflichtung des Vormunds zur Anlegung des Mündelgeldes (§ 1806 BGB.) und der Privatversicherungsgesellschaft zur Anlegung von Prämienreserven. (Ges. betr, die privat. Versicherungsunternehmungen von 12. V. 1901, § 57 ff.). Zudem wäre das praktische Ergebnis ein geringes. Der gutgläubige Erwerb würde den Empfängern oft zur Seite stehen. (§ 135 Abs. 2 BGB.) Stellt die Baugeldeigenschaft eine Verfügungsbeschränkung dar, so könnte diese in einem gesetzlichen Pfandrecht, der dinglichen Belastung der „Geldbeträge“ mit der Berechtigung der Gläubiger, Befriedigung aus ihnen zu suchen, oder in einem gesetzlichen Eigentumsvorbehalt zu Gunsten der Baugläubiger bestehen, so daß die Übertragung der „Geldbeträge“ an andere als Baugläubiger nur unter der aufschiebenden Bedingung vollständiger Befriedigung der Baugläubiger erfolgen kann. Diese Erklärungen der Baugeldeigenschaft schließen sich an den Gegenstand der Verwendung an und setzen einen bestimmten körperlichen Gegenstand voraus. Hierin liegt der Mangel dieser rechtlichen Auffassung des Begriffes. Beim Gewähren von barer Münze oder Papiergeld ließe sich gegen die Auffassung allein wegen des der Verwendung unterliegenden Gegenstandes nichts einwenden. Unhaltbar würden jedoch die Erklärungen, wenn die Gewährung des Baugeldes durch Krediteröffnung erfolgt oder der Baugeldempfänger durch Anweisung oder Wechsel seine Verbindlichkeiten erfüllt oder die Zahlung durch den Baugeldgeber unmittelbar an die Baugläubiger bewirkt wird oder die Baugläubiger teils durch Barzahlungen, teils durch Anweisungen befriedigt werden. Dann liegt eine genügende Spezifikation des dinglichen Objektes zur Pfandbestellung oder zur Eigentumsübertragung nicht vor. Soll die Baugeldeigenschaft in einer dinglichen Belastung der einzelnen Geld-

[1]) Vgl. S. 21, a. M. Hillebrand, Berl. Tagebl. Zentralmarkt für Grundstücks- usw. Verkehr 1909, Nr. 414 und 457; Schneider 45, 46.

stücke zu sehen sein, so müssen einmal bestimmte Sachen vorliegen, dann aber auch ferner gerade diese, soll das dingliche Recht nicht durch den rechtlichen Untergang der bestimmten Sache durch Vermischung, Umwechselung fortfallen, zur Befriedigung der Gläubiger verwandt werden. Aber auch bei Auszahlung von Münzen oder Papiergeld an den Baugeldempfänger kann für diesen keine Verpflichtung bestehen, gerade dieses Geld, an dem ihm Eigentum übertragen, und das mit der als dingliche Belastung gedachten Baugeldeigenschaft auf ihn übergegangen ist, gesondert aufzubewahren und ohne Vermischung, Umwechselung oder Ersetzung durch andere Stücke oder Scheine zu Gunsten der Baugläubiger zu verwenden. (Vgl. Alsberg, Seuff. Bl. 74, 174; Mügel 11; Hagelberg 35.) Das wäre aber erforderlich, wenn die Baugeldeigenschaft in einer dinglichen Belastung der Geldbeträge bestände. Mit der unterschiedlosen Vermengung der Geldbeträge in dem Vermögen des Empfängers wäre vom rechtlichen Standpunkte das Bestehen eines dinglichen Rechtes, dessen Bestehen mit einer bestimmten Sache verknüpft sein muß und nicht in gedachter Weise in gewissem Umfange an dem Vermögen des Empfängers bestehen kann, nicht zu vereinen. Auch wäre der Zeitpunkt der Entstehung eines dinglichen Rechtes zweifelhaft; dieser müßte jedenfalls in der Aushändigung der Geldbeträge an den Baugeldempfänger, die aber überhaupt nicht zu erfolgen braucht, zu sehen sein. Zudem wäre es vom wirtschaftlichen Standpunkte eine unzweckmäßige Regelung, die gesonderte Aufbewahrung des Baugeldes zu verlangen und nicht seine Verzinsung durch Einzahlung bei einer Bank oder Sparkasse oder wenigstens die sichere Hinterlegung bei einer Depositenbank gutzuheißen. Bei einer derartig auszulegenden Regelung würde die gesetzlich nicht verbotene und nicht zu verbietende Auszahlung der Geldbeträge durch Eröffnung eines Bankkredits oder durch dem jeweiligen Bedarf entsprechende Banküberweisungen die alleinige Zahlungsmethode werden.

Im Widerspruch mit einem dinglichen Charakter des Baugeldbegriffes würde auch die in § 34 Abs. 3 Bauf. S. G. geregelte Hinterlegungsbefugnis des Baugeldgebers stehen. Daß trotzdem in Höhe der hinterlegten Summe der Verwendung unterliegendes Baugeld vorliegt, ist nicht zweifelhaft. Für die Wirkung der Hinterlegung auf die Eigentumsverhältnisse an den hinterlegten Geldern und Wertpapieren ist den Landesgesetzen die nähere Bestimmung vorbehalten. (vgl. Art. 145 EG BGB., ungenau Hagelberg 34, 35). Durch die Hinterlegung, bei der es sich meist um ein depositum irregulare handeln wird, geht nach der preußischen Hinterlegungs-Ordnung vom 14. III. 1879, abgeändert durch A. G. z. BGB. Art. 84 (§ 7) bereits ohne Vermischung die hinterlegte Summe in das Eigentum des Fiskus über, gegen den ein persönlicher Anspruch bestehen bleibt. (vgl. Bl. f. R. A. Bd. 72, S. 238; Urt. d. RG. Recht 1907 S. 1258).

Der Baugeldbegriff kann nach diesen mit den sachenrechtlichen Grundsätzen nicht zu vereinbarenden Erwägungen nicht sachenrechtlicher Natur sein. Will man dem Begriff überhaupt einen rechtlichen Charakter geben, so wird man zu dem an die Spitze dieses

Paragraphen gestellten Ergebnis gelangen müssen. Das Wesen des Baugeldes wurzelt im Baugeldvertrag; aus dem Inhalt dieses Vertrages ist auch der Charakter des Begriffes zu entnehmen und zu erklären und nicht von dem Gegenstand des Vertrages, wozu der an das „Geld" als Sache geknüpfte Begriff verleitet. Vorauszusetzen ist, daß als Inhalt die Leistung selbst, d. h. die Handlung, zu der der Schuldner unmittelbar verpflichtet ist, dagegen der hierdurch erzielte Erfolg, mittelbar also auch die zu leistende Sache, als Gegenstand des Schuldverhältnisses zu bezeichnen ist. Nicht dem Gegenstand des Vertrages in diesem Sinne, dem Geldbetrag als solchen in Gestalt von Geldstücken oder ihren Surrogaten, haftet die Baugeldeigenschaft an und ist auch nicht von ihnen herzuleiten. Es kommt auf die Handlung an, zu der der Schuldner unmittelbar verpflichtet ist und die durch die Zweckbestimmung umschrieben wird. Dazu muß die Stellung des Vertrages zum Gesetz beachtet werden. Die Voraussetzungen des Baugeldbegriffes enthält das Gesetz. Baugeld im Sinne des Gesetzes liegt jedoch nicht vor, wenn der die Gewährung der Geldbeträge enthaltende Vertrag nicht ausdrücklich oder stillschweigend die in dem Gesetz aufgestellten Voraussetzungen enthält. Gesetz und Vertrag sind daher für die rechtliche Natur des Baugeldbegriffes insoweit zu beachten, als durch das Zusammentreffen beider die Baugeldeigenschaft geschaffen wird. Enthält das Gesetz die Festsetzung, was Baugeld ist, unter welchen Voraussetzungen von einer Baugeldeigenschaft von Geldbeträgen gesprochen werden kann, so liegt doch ohne Vertrag kein Baugeld vor, erst durch den Vertrag werden Geldbeträge gewährt, deren Zweckbestimmung, wenn der Vertrag die sonstigen gesetzlichen Voraussetzungen enthält, von dem Gesetz als Baugeldeigenschaft bezeichnet wird. Die Baugeldeigenschaft haftet daher an dem Vertrage und ist die gesetzliche Bezeichnung für die vertragliche Zweckbestimmung der Geldbeträge, die der gesetzlichen Verwendungspflicht unterliegen sollen, zum Unterschiede von denjenigen Geldbeträgen, deren Verwendung vom Gesetz nicht geregelt worden ist. Die Baugeldeigenschaft bezieht sich demnach auf eine Handlung des Schuldners, zu der er auch vertraglich verpflichtet ist. Dieser vertraglichen Pflicht, die durch das Gesetz verschärft und im gewissen Umfange begrenzt wird, unterliegen Geldbeträge. Ohne das Gesetz würde die Zweckbestimmung dieser Geldbeträge lediglich auf dem Vertrag beruhen. Das Gesetz nennt diese bereits vertraglich bestehende Zweckbestimmung der Geldbeträge ihre Baugeldeigenschaft, so daß dieser Begriff die gesetzliche Bezeichnung für eine Vertragsbestimmung darstellt.

Bezeichnet der Begriff eine vertragliche Bestimmung, so ist auch seine Natur schuldrechtlicher Art.[1]) Daraus folgt[2]), daß der Baugeldeigenschaft diejenigen Merkmale zukommen, die einem obli-

---

[1]) vgl. bereits Abraham, Holdheims M. Schr. 1905, 275; Breit„ JW. 1909, S. 403; Hagelberg, S. 25; 33 ff.

[2]) und nicht umgekehrt, wie Hagelberg S. 35, Nr. 25 c ausführt, aus den Feststellungen, nach denen die Baugeldeigenschaft kein sachenrechtlicher, vielmehr ein relativer Begriff ist.

gatorischen Begriff anhaften. Die Eigenschaft haftet nicht an dem Vertragsgegenstand, sondern bezieht sich nur auf diesen kraft einer vertraglichen Bestimmung, die einen Bestandteil des Baugeldvertrages bildet, jedoch auch durch besonderen Vertrag geschaffen werden kann. Die Wirkung der Baugeldeigenschaft beschränkt sich auf die Personen, die das vertragliche Verhältnis, von dem die Entstehung der Baugeldeigenschaft abhängt, abgeschlossen haben oder diesem beigetreten sind. Daher ist auch die Aufhebung dieser Eigenschaft von dem ihrer Begründung zu Grunde liegenden Vertragsverhältnis abhängig und geht mit dessen Auflösung oder Aenderung unter. Auch bei Hinzutreten dieser vertraglichen Zweckbestimmung haben die auf Grund des Baugelddarlehns gegebenen Geldbeträge keine Sonderheit an sich und stehen dem Gegenstand jedes Darlehnsvertrages gleich. Es handelt sich nur um Geld als um eine vertretbare Sache und nicht um „Baugeld", als mit einer Zweckbestimmung behaftetes Geld. (vgl. ähnlich Breit, JW. 1909 S. 403 f.; Hagelberg S. 35, 36). Die Baugeldeigenschaft bezeichnet ein besonders geartetes Schuldverhältnis, das eine Unterart des relativen Rechts bildet. Sie ist ein rein persönliches Beziehungsverhältnis, das Rechte und Verbindlichkeiten nur zwischen den Personen, welche durch dasselbe in eine rechtliche Beziehung zueinander getreten sind, oder welche in diese vertragliche Beziehung eingetreten oder zu derselben beigetreten sind, zur Entstehung gelangen läßt und keinerlei unmittelbare Herrschaft über eine Sache begründet.

§ 10. Die Person des Verwendungspflichtigen.

Das Gesetz legt dem „Empfänger von Baugeld" die in § 1 geregelte Verpflichtung auf und unterwirft die „Baugeldempfänger" bei Uebertretung dieser Verwendungspflicht der Bestrafung nach § 5. Trotzdem das Gesetz in bestimmten Worten den „Empfänger von Baugeld" als denjenigen bezeichnet, für den es seine Vorschriften gegeben hat, ist dennoch zweifelhaft, wen das Gesetz als Subjekt der Verwendungspflicht bezeichnen will. Diese Zweifel haben zunächst ihre Ursachen in den mannigfaltigen Formen, in denen das Baugeld seinem Verwendungszweck gemäß verwendet werden kann, indem es durch Barzahlung, Anweisung, Abtretung, Pfändung den Baugläubigern zugeführt wird, wie in den verschiedenen Personen, in deren tatsächlicher oder rechtlicher Verfügungsgewalt es erscheint und die bald als Eigentümer, Leiter oder Bauunternehmer oder als anscheinend an dem Bau unbeteiligte Dritte auftreten. Diese Kreise von Personen, bei denen es sich nur zu oft um Leute handelt, die mit dem Bau- oder Bodenspekulanten zum Schaden der Bauhandwerker und der sonstigen an dem Bau beteiligten Personen unter einer Decke stecken, sollten von dem Begriff „Baugeldempfänger" umfaßt, der gesetzlichen Verpflichtung unterworfen und ihre Zahlungsmethode und Rechnungsweise aufgedeckt werden. Dazu kommt noch die Schwierigkeit der Festlegung des Begriffes „Baugeld". Vornehmlich von der rechtlichen Natur dieses Begriffes mußte auch die Begriffsbestimmung des „Empfängers von Baugeld" abhängen, da dieser Begriff von dem des

Baugeldempfängers nicht zu trennen ist. Es wird angebracht sein, als Ausgangspunkt für die Bestimmung der für die Person des Verwendungspflichtigen bezeichnenden Merkmale den Begriff „Baugeld", wie er oben entwickelt ist, festzuhalten. Der Begriff „Baugeld" stellt die gesetzliche Bezeichnung für eine vertragliche Zweckbestimmung der Geldbeträge dar, die der gesetzlichen Verwendungspflicht unterliegen, und dient zur Unterscheidung von denjenigen Geldbeträgen, deren Verwendung nicht gesetzlich geregelt worden ist.

Unter Beachtung dieser Natur der Baugeldeigenschaft wird die Stellung des Baugeldempfängers naturgemäß nicht vor der Begründung der Voraussetzungen für die Eigenschaft von Geldbeträgen als Baugeld beginnen. Dazu muß ein Baugeldvertrag vorliegen, auf Grund dessen die Gewährung von Geldbeträgen erfolgt oder erfolgen soll. Ob eine tatsächliche Auszahlung von Baugeldern und demnach eine unmittelbare Empfangnahme von Geldbeträgen durch den Baugeldempfänger geschehen ist, ist daher für den Begriff des Baugeldempfängers nicht wesentlich. Damit steht fest, daß die Stellung einer Person als Baugeldempfänger nicht von dem Empfang von Geldbeträgen allein abhängt. Vor dem Zustandekommen des Vertrages kann von einer Person des Verwendungspflichtigen nicht die Rede sein, weil überhaupt keine Gewährung von Geldbeträgen und keine Zweckbestimmung über eine Verwendung vorliegt. Sind in den Vertrag noch nicht alle Begriffsmerkmale der Baugeldeigenschaft aufgenommen, fehlt es z. B. an der Vereinbarung über die dingliche Sicherung, so kann der Beginn der Baugeldempfängerstellung nicht vor der Begründung aller Voraussetzungen für die Baugeldeigenschaft der Geldbeträge liegen, sondern wird vielmehr mit ihrer Festsetzung zusammenfallen. Schließlich wird jemand Baugeldempfänger mit dem Eintreten in denjenigen Kreis von Befugnissen und Verpflichtungen werden, die einem Baugeldempfänger bereits obliegen. Dieses Eintreten kann derart erfolgen, daß die Rechte und Pflichten des Baugeldempfängers auf einen zweiten ausgedehnt oder von diesem ausschließlich übernommen werden.

In gleicher Weise, wie die Begründung, wird auch die Beendigung der Baugeldempfängerstellung herbeigeführt werden. Wegen der vertraglichen Natur der Baugeldeigenschaft wird diese durch Aufhebung des sie begründenden Vertrages entfallen, sei es, daß dieser durch Abänderung seitens der Parteien keinen vertragsmäßigen Anspruch auf Gewährung von Geldbeträgen zum Zwecke der Bestreitung der Kosten eines Baues gibt oder überhaupt durch einseitige Rechtshandlungen, z. B. Rücktritt, wegfällt. Bis zum Zeitpunkt des Aufhörens der Berechtigung, wenn diese nicht als von Anfang an nichtig anzusehen ist[1]), wird der bis dahin Berechtigte noch als Baugeldempfänger anzusehen sein, sofern er über noch vorhandene Baugelder die Verfügungsbefugnis behält[2]). Bis zu deren Verwendung wird seine Verpflichtung nach § 1 bestehen und seine Bestrafung nach § 5 eintreten können. Mit dem tatsächlichen Ver-

[1]) vgl. § 6. S. 59 ff.
[2]) vgl. für den Rücktritt Mügel. S. 18.

brauch der Gelder hört seine Stellung als Baugeldempfänger in jedem Falle auf, wenn er auch keine vertragsmäßigen Ansprüche auf weitere Zahlungen hat. Aber auch mit der Abgabe der Baugelder und der Übertragung der Rechte und Pflichten, die mit seiner Stellung als Baugeldempfänger verknüpft sind, wird er nicht mehr Baugeldempfänger sein, sofern er nicht neben dem anderen die Verwendungspflicht und -befugnis beibehält. Ob in einer vertraglichen Änderung des Baugeldvertrages ein Verstoß gegen § 1 liegt, ist Frage des Umfangs und Inhalts der Verpflichtung, die ihm als Baugeldempfänger obliegt.

Des weiteren ist für die Bestimmung der Person des Verwendungspflichtigen das Wesen der gesetzlichen Verwendungspflicht zu beachten. Dies besteht darin, daß dem Baugeldempfänger eine bestimmte Handlungspflicht unter Androhung von Strafen auferlegt wird. Damit wird von dem Gesetz die Fähigkeit zu einer Tätigkeit verlangt, die die Person des Verwendungspflichtigen in den Stand setzt, Handlungen mit rechtlicher Wirkung vorzunehmen. Die handelnde Person muß eine Willenstätigkeit ausüben, die nicht nur Rechtsfähigkeit vorausgesetzt, sondern auch die Fähigkeit durch Willensäußerungen bestimmend in den Rechtszustand einzugreifen und für den Erfolg privatrechtlich und, soweit § 5 in Frage kommt, strafrechtlich einzustehen. Diese Handlungsfähigkeit kommt nur den im rechtlichen Sinne willensfähigen natürlichen Personen zu, während juristische Personen nur durch Vermittlung physischer Personen handlungfähig zu zivilrechtlichen Geschäften, dagegen nicht strafbar sind. Da die von dem Gesetz erwartete Tätigkeit nur von natürlichen Personen ausgeübt werden kann, kann der Baugeldempfänger als Subjekt der gesetzlichen Verwendungspflicht nur eine natürliche Person sein.

Aus den genannten Voraussetzungen, die für den Beginn und die Beendigung der Baugeldempfängerstellung maßgebend sind, und aus dem Inhalt der §§ 1 und 5, die die Zweckverwendung durch Einwirkung auf die freie Willensbestimmung herbeiführen wollen, gehen die für die Bestimmung der Person des Verwendungspflichtigen entscheidenden Merkmale hervor. Das Gesetz legt zwar schlechthin die Verwendungspflicht dem „Empfänger von Baugeld“ auf und verlangt damit anscheinend nur das tatsächliche Merkmal des Empfanges von Geldbeträgen für den Begriff des Baugeldempfängers. Dennoch liegt in der Hinzufügung des Wortes „Baugeld“ ein weiteres rechtliches Kennzeichen. Baugeldempfänger wird nur derjenige sein, dem Geldbeträge zum Zwecke der Bestreitung der Baukosten gewährt werden, sofern diese Geldbeträge auf Grund eines Vertrages hingegeben werden, der die in § 1 Abs. 3 aufgestellten Merkmale ausdrücklich oder stillschweigend enthält. Neben das objektive Merkmal der tatsächlichen Verfügungsmacht über das Baugeld oder die Baugeldforderung tritt für die Bestimmung der Person des Baugeldempfängers ein subjektives relatives Kennzeichen: Die rechtliche Befugnis und Verpflichtung zur Verfügung über die Geldbeträge, die auf Grund eines Vertrages zum Zwecke der Bestreitung der Baukosten unter dinglicher Sicherung des Bau-

grundstücks gewährt werden. Dieses Recht und diese Pflicht des Baugeldempfängers können entweder unmittelbar aus der Vereinbarung mit dem Baugeldgeber hervorgehen oder von dem ersten Baugeldempfänger weiter übertragen werden. Sie können aber auch durch eine besondere, von dem Baugeldvertrag unabhängige Verpflichtung, ein Anerkenntnis oder eine gesetzliche oder statutenmäßige Bestimmung einer dritten Person, die nicht zu den Vertragsparteien des Baugeldvertrages gehört, übertragen worden sein. Das subjektive relative Kennzeichen für die Person des Baugeldempfängers kann somit auch ohne Beziehung auf die vertragliche Berechtigung und Verpflichtung aus dem Baugeldvertrage ins Leben treten. Hat der auf Grund des Baugeldvertrages Berechtigte Geldbeträge entgegen dem Baugeldvertrage oder ohne Berufung auf diesen Vertrag einer dritten Person übertragen, so hat dieser Dritte nicht Baugeld, sondern Geld schlechthin erhalten. In solchen Fällen kann jedoch eine Vereinbarung zwischen dem ersten und zweiten Empfänger die Baugeldeigenschaft begründen und damit den zweiten Empfänger ausschließlich oder neben dem ersten zum Baugeldempfänger im Sinne des Gesetzes machen. Das wird beabsichtigt sein, wenn Geldbeträge unter Vereinbarung der gesetzlichen Merkmale der Baugeldeigenschaft zwischen diesen beiden Personen weitergegeben werden. Die mit dem Anspruch des Baugeldnehmers verbundene, seiner Übertragbarkeit nicht entgegenstehende Zweckvereinbarung der Geldbeträge muß unter Anerkennung dieser Zweckbestimmung auf den Empfänger übergehen, um diesem die Stellung des gesetzlichen Baugeldempfängers zu verschaffen. (Vgl. Breit, JW. 1909, 404; Mügel 9, Hagelberg 37, Hillig 25). Baugeldempfänger wird daher auch derjenige sein, der dem Baugeldvertrag beigetreten ist, die der gesetzlichen entsprechende vertragliche Pflicht übernommen und Geldbeträge empfangen hat, oder dem der Anspruch auf die Baugeldforderung zusteht. Entweder wird so der ursprüngliche Baugeldvertrag in dem Verhältnis zwischen dem ursprünglichen Baugeldberechtigten und dem späteren zu Grunde gelegt, oder dessen Bestimmungen in einem selbständigen Vertrag anerkannt. Es ist nicht notwendig, daß zwischen dem Baugeldgeber und Baugeldnehmer eine Vereinbarung über die Abtretung der Rechte des Baugeldnehmers aus dem Baugeldvertrage dahin erfolgen muß, daß der Zessionar in die vertragliche Rechtsstellung eintritt und damit nicht nur das Recht auf Auszahlung des Baugeldes erlangt, sondern auch die Rückerstattungspflicht und die vertragliche Baugeldverwendungspflicht übernimmt. (vgl. Hillig 25). Die Rückerstattungspflicht kann dem Vertragsgegner des Geldgebers verbleiben. Auch ohne ausdrückliche Hervorhebung kann der Uebergang der Baugeldempfängerstellung erfolgen, wenn dem Dritten der Charakter der Geldbeträge als „Baugeld“ bekannt ist und seine Stellung zu dem Übertragenden eine Verwendung nur zu Bauzwecken erwarten läßt, vornehmlich deshalb, weil die Uebertragung der Geldbeträge nicht zur Tilgung einer Schuldverbindlichkeit erfolgt.

Neben der vertragsmäßigen Übernahme der Verwendungspflicht von Geldbeträgen, die durch den Baugeldvertrag gewährt werden,

kann die gesetzliche oder statutenmäßige Verpflichtung der zur Vertretung von Vermögensangelegenheiten berufenen Personen für diese Baugeldempfängerstellung begründen. Das wird zu beachten sein bei den Vertretern beschränkt geschäftsfähiger Personen, dem Ehemann, dem Vorstand und Geschäftsführer juristischer Personen.

Als Baugeldempfänger wird hiernach die natürliche Person zu verstehen sein, der die auf Vertrag oder Gesetz beruhende rechtliche Verfügung über die auf Grund eines Baugeldvertrages gewährten Geldbeträge zusteht. [1])

Der Regelfall wird sein, daß der Eigentümer der Baustelle oder der Bauherr oder Unternehmer die Gegenkontrahenten des Baugeldgebers sind, das Baugeld von diesem erhalten und die Verfügungen für dessen Verwendung treffen. Ein derartiges Recht und eine derartige Befugnis, wie sie dem Baugeldempfänger zustehen, brauchen jedoch nicht an eine besondere Stellung oder Beteiligung an dem Bau geknüpft sein. Es ist nicht erforderlich, daß dem Baugeldempfänger das Eigentum an der Baustelle zusteht, oder er der Bauherr ist, in dessen Interesse der Bau hergestellt wird, oder er selbst den Bau aufführt. Der Baugeldvertrag kann zu Gunsten eines Dritten gemäß §§ 328 ff. BGB. abgeschlossen werden, so daß ein Dritter unmittelbar das Recht erwirbt, von dem Geldgeber die Leistung zu verlangen. (vgl. Hagelberg 37, Hillig 25, Schneider 42). Der Dritte braucht kein unentziehbares oder ausschließliches Recht zu erwerben. (vgl. § 328 Abs. 2 BGB.) Es kann der Fall gleichmäßiger Forderungsberechtigung des Promissars und des Begünstigten vorliegen. Es kann aber auch der Dritte ausschließlich berechtigt oder das Recht des Dritten in gewisser Weise, z. B. der Umfang des Forderungsrechtes, begrenzt sein. Oder der Baugeldempfänger erwirbt den Anspruch auf Auszahlung des Baugeldes als Rechtsnachfolger des unmittelbaren Gegenkontrahenten des Geldgebers. Aus diesen letzten beiden Gruppen von Baugeldempfängern ergibt sich, daß nicht maßgebend ist, ob der Baugeldempfänger der rückerstattungspflichtige Darlehnsschuldner sein muß.

Eine Rechtsnachfolge in die Stellung des Baugeldempfängers kann durch die Zession der Baugeldforderung eintreten. Es wird sich fragen, ob in solchem Falle der Zessionar und im Anschluß

---

[1]) Über die Begriffsbestimmung des Baugeldempfängers vgl. Mügel 9: Derjenige, an welchen das im Baugeldvertrage zugesicherte Geld in Erfüllung dieses Vertrages ausgezahlt wird, und zwar als Baugeld; Hagelberg 37: Wer Baugeld als solches, d. h. Geldmittel zur Bestreitung der Baukosten auf Grund eines Baugeldvertrages, empfängt; ähnlich Breit, JW. 1909, 353, 403; Hillig 25: der, an den auf Grund des Baugeldvertrages das Baugeld auszuzahlen ist; oder der Dritte, an den etwa nach dem Baugeldvertrage das Baugeld auszuzahlen ist. Schneider 42: Derjenige, welcher das ihm zum Zwecke der Bestreitung der Kosten des Baues versprochene Geld gezahlt erhalten hat, aber auch, wer Baugeld nach dem Vertrage zu empfangen hat; Kiefe, JW. 1911, 928: Der auf Grund der Vereinbarung, durch welche die Gelder, und zwar als Baugelder, geschuldet werden, diese in Empfang nimmt; abweichend JW. 1909, S. 382; Budde, Bankarchiv VII, 246: Jeder, der Baugeld, d. h. die Valuta aus dem zwischen dem Baugeldgeber und -nehmer abgeschlossenen Darlehnsvertrage empfängt, also auch der Zessionar des Baugeldes. Friedländer, 348: Empfänger der Gegenkontrahent des Baugeldgebers, soweit er Baugeld erhalten hat oder darüber zu verfügen vermag.

daran der Anweisungsempfänger und der Pfändungsgläubiger, der eine Baugeldrate gepfändet und sich zur Einziehung hat überweisen lassen, dadurch oder durch Auszahlung des Geldes Baugeldempfänger im gesetzlichen Sinne wird.

Zur Lösung dieser Frage muß feststehen, daß eine Abtretung oder Pfändung des Baugeldanspruches rechtlich möglich ist.

Die Frage der Abtretung einer Forderung hängt grundsätzlich ab von dem Inhalt des Rechts. Bei obligatorischen Rechten, wie sie auch durch den Baugeldvertrag begründet werden, kann als das Wesentliche der Obligation die Haftung, die Gebundenheit des Schuldners, oder aber der wirtschaftliche Endzweck dieser Bindung, das Leistensollen des Schuldners, angesehen werden. Danach richtet es sich, ob die Obligation als eine von der Person untrennbare Beziehung der Übertragbarkeit entzogen oder aber als rein vermögensrechtliche Forderung, als verkehrsfähiger Vermögenswert, der Abtretung grundsätzlich unterworfen ist. (vgl. Bähr, Jherings Jahrb. Bd. I, S. 354 ff.)

Soll jedoch nicht lediglich eine Sondernachfolge in die aktive Seite eines Schuldverhältnisses begründet werden, sondern Rechte und Pflichten der auf Grund einer Schuld zwischen Gläubiger und Schuldner bestehenden Beziehungen auf einen Dritten übergehen, so kann dieser Eintritt einer anderen Person nicht auf dem Wege der vertragsmäßigen Übertraguug (§ 398 BGB.) zwischen dem bisherigen und dem neuen Gläubiger erfolgen, sondern nur unter Zustimmung aller Beteiligten, also auch des Schuldners. Es bedarf daher einer Verbindung von Abtretung und Schuldübernahme (§ 415 BGB.) [1]).

Für den Übergang der Baugeldempfängerstellung auf einen Dritten ist sowohl die Zulässigkeit und Wirkung der Abtretung des reinen Aktivanspruches aus dem Baugeldvertrag zu untersuchen, wie der Eintritt des Dritten in die durch den Baugeldvertrag begründeten Beziehungen zwischen Darleiher und Darlehnsempfänger.

Die Zulässigkeit der Abtretung von Baugeldansprüchen an dritte Personen ist in Literatur und Rechtsprechung bestritten [2]).

---

[1]) vgl. Hölder, Recht 1908 S. 469 ff.; Enneccerus, Lehrb. des bürgerlichen Rechts von Enneccerus-Kipp und Wolff, Marburg 1909/10, I. Bd. II. Abt. § 302 S. 207; Staudinger II, Vorb. zu § 397, S. 418.

[2]) Ueber die Lehre von der Abtretung der Baugeldforderung vgl. Hagelberg S. 42 ff.. Ferner: Eine Zession des Anspruchs wird rechtlich für zulässig erachtet, wenn der Darlehnsnehmer den Betrag, den der Darlehnsgeber an den Zessionar zahlt, sich anrechnen läßt, so daß der Zedent gleichwohl Schuldner des Darlehnsvertrages wird: Staudinger II, § 607, 9, α; Planck § 399 Bem. 1; Dernburg, Lehrb. II, 1, § 136 a Nr. 11; Goldmann-Lilienthal I, Anm. 15; du Chesne, K. G. Bl. 1907, 49; Lübbert, Iherings Jahrb. 52, 374, 377; Regelsberger, ebenda, 417 ff.; Bolze Pr. Bd. 8 Nr. 422, Bd. 12, Nr. 80, Bd. 20 Nr. 396; RG. Bd. 37, 336 f; Bd. 38, 308 f.; Bd. 66, 359; Bd. 68, 355 f.; Seuff. Archiv Bd. 64, Nr. 68; JW. 1902, 143; 1907, 708, 12; 1908, 449, 13, 676, 6; 1909, 309, 4; Recht 1908 Nr. 3403; 1909 Nr. 1761; OLG. Bd. 16, 377, Bd. 20, 364; K. G. Bl. 1907, 107; RG. Bayr. Z. f. Rechtspflege 1905, 511; 1907, 414 f.. Ferner: unbedingt Hagelberg 42 ff.; nicht zu freier Verwendung, Kiefe JW. 1909, 382 ff.; 1911, 927; Ausschluß durch Vereinbarung Hillig 21.

Eine Abtretung an baufremde Personen erachtet für unzuläsig: Mügel 25; Friedländer, Bl. f. R. A. 69, 204 und Bayer. Z. 1909, 350; Breit, JW. 1909, 353,

Das Gesetz über die Sicherung der Bauforderungen gibt für die Lösung dieser Streitfrage keine durchschlagenden Anhaltspunkte[1]). Gegen die Unwirksamkeit der Abtretung wird aus dem Gesetz nichts zu entnehmen sein. Es ist vielmehr praktisch durchaus gutzuheißen, Abtretungen an die an der Herstellung des Baues beteiligten Personen durch den Baugeldempfänger zuzulassen; auch wird in § 2 Abs. 3 Nr. 5 von Abtretungen, Pfändungen und sonstigen Verfügungen gesprochen, deren Erwähnung im Gesetz bei ihrer rechtlichen Unzulässigkeit nicht zu rechtfertigen wäre. In der Abtretung des Baugeldanspruches ist auch kein Verstoß gegen § 134 BGB. zu sehen, da § 1 des Bauf. S. G. kein Verbotsgesetz darstellt (vgl. oben, § 6 S. 54; Hagelberg S. 45 g, JW. 1909, 446; Berliner Tagebl., Zentralm. für Grundstück- usw. Verkehr 1909, Nr. 249, 474; Entg. Mügel 22). Aus der Vorschrift des Gesetzes über den Eintritt des Vorranges der Baugeldhypothek (§ 34), der unter der Voraussetzung erfolgt, daß „Bauforderungen durch die in Anrechnung auf das Baugeld geleistete Zahlungen" getilgt worden sind, kann gegen die Zulässigkeit der Abtretung nichts gefolgert werden. Erfolgt durch den Baugeldempfänger eine Verfügung, die nicht eine zweckentsprechende Verwendung des Baugeldes, auf die der Baugeldgeber ein vertragliches Recht hat, darstellt, so steht dem Geldgeber ein Zurückbehaltungsrecht nach § 273 BGB. an dem Baugeld zu. Aus diesem Leistungsverweigerungsrecht kann jedoch auf eine Unwirksamkeit der Abtretung nicht geschlossen werden[2]).

Bei der Stellung des Bauf. S. G. und der grundsätzlichen Abtretbarkeit obligatorischer Rechte würde eine Unzulässigkeit der Abtretbarkeit von Baugeldansprüchen nur dann anzunehmen sein, wenn die Leistung an einen anderen als den ursprünglichen Gläubiger nicht ohne Veränderung ihres Inhalts erfolgen kann, oder wenn die Abtretung durch Vereinbarung mit dem Schuldner ausgsschlossen ist (§ 399 BGB.).

Durch Vereinbarung können die Vertragsparteien beim Baugeldgeschäft zweifellos das Forderungsrecht zu einem unveräußerlichen machen und es dadurch von der Regel des § 137 BGB. ausnehmen. Ein solcher rechtsgeschäftlicher Ausschluß der Forderungsabtretung macht eine Uebertragung der Forderung entgegen der Abmachung rechtlich unwirksam, nicht bloß für die Vertragsschließenden des Baugeldvertrages, sondern auch jedem Dritten gegenüber[3]).

---

403 ff; Abraham, Holdheims M. Schr. 1905, 275 ff.; Enneccerus Lehrb. § 364 S. 376; Recht 1903, Nr. 2213; 1910, Nr. 3475.

Eine Abtretung erklärt überhaupt für unzulässig: Dechamps, DJZ. 1905, 903, 904; Recht 1901 Nr. 745; K. G. Bl. 1905, 63; OLG. 13, 211; 16, 378. (KG.).

[1]) K. B. S. 30, jedoch 31, wonach ohne Widerspruch von einem Mitglied ausgeführt wurde, die Uebertragung oder Pfändung einer Baugeldforderung, desgleichen die Aufrechnung einer anderen Forderung gegen eine Baugeldforderung sei nur insoweit zulässig, als hierdurch die Verwendung der Baugelder zu den in Abs. 1 bezeichneten Zwecken nicht berücksichtigt werde (vgl. hierzu Hillig 20).

[2]) vgl. Hagelberg S. 45 f.; Abraham, Holdheims M. Schr. 1905, 273; Bl. f. R. A. Bd. 72, 171 (OLG. Dresden). OLG. Bd. 15, S. 14; Breit, JW. 1909, 405.

[3]) vgl. Brückmann, Bl. f. R. A. Bd. 71, 438; Planck BGB. 3. Aufl. Bem. 3 zu § 399. Über den Schutz gutgläubiger Dritter vgl. § 405. Eine Heilung der Nichtigkeit der Abtretung wird jedoch erfolgen können. Sie wird aber nicht durch

Eine derartige Vereinbarung kann auf ausdrücklicher oder stillschweigender Parteiwillenserklärung beruhen. Dieser Wille folgt häufig aus den Bestimmungen des Baugeldvertrages. Das wird der Fall sein, wenn die Sicherung für die Baugeldhypothek bei ratenweiser Auszahlung des Geldes allein von der allmählichen Herstellung des Baues erwartet wird, da weder die Hypothek durch den Wert des unbebauten Grundstücks gedeckt wird, noch der Baugeldempfänger persönlich kreditwürdig ist[1]). Es bedarf jedoch nicht eines Veräußerungsverbotes, nach dem dem Baugeldempfänger allgemein verboten ist, Abtretungen vorzunehmen. Es würden weder rechtliche, noch wirtschaftliche Bedenken entgegenstehen, das pactum de non cedendo dahin abzuschließen, daß eine persönliche Verpflichtung in der Weise geschaffen wird, nicht zu verfügen oder in einer bestimmten Art nicht zu verfügen[2]). Die vertragliche Festsetzung der Unveräußerlichkeit des Forderungsrechtes nach § 399 BGB. steht im gesetzlich erlaubten Widerspruch zu der Regel des § 137 Abs. 1 BGB. Es ist deshalb nicht verständlich, daß, wie Hagelberg (44) meint, die vertragliche Festlegung einzelner Fälle der Unveräußerlichkeit gegen § 137 nicht verstoßen kann (vgl. Hillig 21). Bei bestimmter Vereinbarung einzelner Fälle mit dem Schuldner würde auch nicht die Verkehrsicherheit in höherem Grade gefährdet werden. Jedoch darf nicht die Berufung auf ein stillschweigendes relatives Abtretungsverbot, das nur die Abtretung an bestimmte Personen ausschließen sollte, für die Begründung der Unwirksamkeit einer Abtretung als ausreichend erachtet werden.

Fehlt es jedoch an einer derartigen Vereinbarung zwischen den Parteien des Baugeldvertrages, so wird nicht eine Abtretung der Baugeldforderung deshalb allgemein ungültig sein, weil die Leistung an einen anderen als den ursprünglichen Gläubiger nicht ohne Veränderung ihres Inhalts erfolgen kann. Mit jeder Änderung des Gläubigers ist zwar eine Änderung des subjektiven Leistungsinhalts verknüpft. Dennoch wird die Bestimmung des § 399 BGB. nicht in einem derartig strengen Sinn auszulegen sein. Die Abtretung wird vielmehr nur bei sog. höchstpersönlichen Forderungen ausgeschlossen sein. Hierunter werden Forderungen fallen, bei denen für den Inhalt der Leistung die Persönlichkeit des Gläubigers so wesentlich ist, daß der objektive Inhalt der Leistung durch Übergang auf einen anderen Gläubiger sich verändern würde. (Vgl. Staudinger II, § 399, I, 1.) Der Inhalt der Leistung[3]) besteht beim Baugeldvertrag in einer Kreditierung von Geldbeträgen zum Zwecke

---

einfache Zustimmung des Schuldners herbeigeführt werden, sondern setzt einen Vertrag mit dem letzteren voraus. Vgl. Brückmann a. a. O. 440: Staudinger II, § 399 Z. 4; nach Hagelberg 45 hat die Abtretung die Wirkung einer Anweisung, die vom Geldgeber gemäß § 784 BGB. rechtswirksam angenommen werden kann. Diese Annahme setzt immer schriftliche Form der Abtretung voraus.

[1]) vgl. Hillig 21; a. M. Kiefe JW. 1911, 927.

[2]) vgl. Staudinger I § 137, 2, b. Kohler Archiv f. bürgl. Recht Bd. 33, 17.

[3]) Nach Stepp JW. 1911, 746 ist der Anspruch des Bauunternehmers gegen den Baugeldgeber ein Anspruch höchst persönlicher Natur. Vgl. Gaupp-Stein ZPO. § 851 Bem. III S. 664. „Es ist zweckbestimmtes Geld, das geschuldet wird, und die Erreichung dieses Zweckes ist nur in der Person des Schuldners möglich".

der Bestreitung der Baukosten unter dinglicher Sicherung durch das Baugrundstück. Im Einzelfall, vor allem beim Fehlen ausreichender Sicherheit durch das unbebaute Grundstück und bei Auszahlung des Darlehns an einen persönlich kreditunwürdigen Schuldner wird das in die Person des Schuldners gesetzte Vertrauen derart mit dem Leistungsinhalt verknüpft sein, daß eine Abtretung des Forderungsrechtes nicht beliebig erfolgen darf. Abgesehen von besonderen Verhältnissen wird jedoch eine Abtretung allgemein für zulässig zu halten sein.

In der Rechtsprechung und von der überwiegenden Meinung in der Literatur wird eine Abtretung des Anspruchs auf Darlehnsgewährung aus dem sog. Darlehnsvertrage an Personen, die bei der Herstellung des Baues beteiligt sind, für rechtswirksam angesehen, da von einer Änderung des Leistungsinhaltes, soweit er in der Einhaltung der Zweckverwendung besteht, nicht gesprochen werden kann. Will man aber die Abtretung des Baugeldanspruches an baufremde Personen für unzulässig halten, so muß dieser Auffassung entgegengehalten werden, daß eine Änderung des Leistungsinhalts nicht schon durch die Abtretung an sich erfolgt, sondern erst dadurch, daß dieser Dritte die Geldbeträge zweckwidrig verwendet. Es liegt daher nicht schon in der Abtretung des Leistungsgegenstandes, sondern erst in dessen zweckwidriger Verwendung eine Änderung des Leistungsinhalts. Diese Änderung ist aber eine der Leistung nachfolgende und kann von jedem, auch dem Gegenkontrahenten vorgenommen werden. „Nicht auf die Person des Leistungsempfängers, sondern auf die Verwendungsart der Leistung durch den Empfänger kommt es an". (Vgl. Kiefe, JW. 1911, 927). Wird nun sogar von dem dritten die Verwendungspflicht mit übernommen, so kann die Abtretung des Baugeldanspruches nicht nach § 399 BGB. für unzulässig erklärt werden, weil für den Inhalt der Leistung, die mit der Hingabe der Geldbeträge abgeschlossen ist, die Person des Gläubigers nicht mehr wesentlich sein und sich der Inhalt der Leistung durch den Übergang auf einen anderen Gläubiger nicht verändern kann. Zudem kann der Schuldner auf die Person seines Gläubigers keinen Einfluß ausüben, um eine zweckwidrige Verwendung der ausgezahlten Baugelder zu vereiteln. Kein Gläubiger leistet seiner Person nach für die eigentliche Zweckverwendung Gewähr. Eine Rechtsnachfolge durch Abtretung des Baugeldanspruches mit Übernahme der Verwendungspflicht kann daher vom rechtlichen Standpunkte nicht für unzulässig erachtet werden. (Vgl. Hagelberg 43, Kiefe, JW. 1911, 927). Bei einem derartigen Übergehen des Anspruchs auf Zahlung der Geldbeträge in Verbindung mit der Übernahme der Verwendungspflicht liegt zugleich Zession und Schuldübernahme vor, da nicht nur eine Sondernachfolge in die aktive Seite des Schuldverhältnisses erfolgen soll, sondern auch die weiteren auf Grund des Baugeldvertrages bestehenden Beziehungen mit übertragen werden sollen. Hierzu ist die Zustimmung des Baugeldgebers erforderlich. Der Übergang der Geldbeträge geschieht in der Weise, daß für den Singularsukzessor dieselben Befugnisse und Verpflichtungen hinsichtlich des Empfanges

und der Verwendung der Geldbeträge entstehen, wie für den ursprünglichen Darlehnsgläubiger. Nahm dieser die Stellung des Baugeldempfängers im gesetzlichen Sinne ein, so wird auch sein Rechtsnachfolger Baugeldempfänger sein.

Jedoch wird auch ein Übergang des reinen Aktivanspruches aus dem Baugeldvertrag ohne die gleichzeitige Übernahme der vertraglichen Pflicht zur bestimmungsgemäßen Verwendung der Baugelder möglich sein, wie ja auch die an dem Bau beteiligten Personen die Geldbeträge zur freien Verfügung und nicht mit der Verpflichtung empfangen, gemäß § 1 Abs. 2 nur die Hälfte des eingezogenen Geldes zu behalten. (Vgl. Friedländer 348, Hillig 25.) Die Trennung ist rechtlich möglich, da die Baugeldeigenschaft eine vertragliche Bestimmung, einen Bestandteil des Vertrages bezeichnet und nicht an den Geldbeträgen als solchen haftet, die als vertretbare Sachen schon ihrer Natur nach nicht eine derartige Belastung mit einem dinglichen Recht vertragen [1]). Die Zweckbestimmung der Baugelder kann die Abtretung nicht hindern [2]). Deshalb ist es nicht notwendig, daß der Anspruch auf Zahlung der Valuta an das Mitübertragen der Verwendungspflicht gebunden ist. Für das Entstehen der Verwendungspflicht, die bei dem Schuldner zurückbleibt, wie für die Rückerstattungspflicht bildet nicht die Zahlung der Valuta den Rechtsgrund, sondern ist nur Voraussetzung, da der Baugeldvertrag konsensualer Natur ist.

Wird der Anspruch des Darlehnsempfängers zediert, so genügt nicht, damit der Zessionar als Baugeldempfänger anzusehen ist, die Abtretung des bloßen Anspruchs auf Hergabe der Valuta. (Vgl. Hillig 25, Schneider 42, 43.). Er empfängt das Geld nicht als Baugeld. Hat der Zessionar mit der Abtretung nicht die durch den Baugeldvertrag begründeten Pflichten ausdrücklich oder stillschweigend mitübernommen, oder ist er eine korrelative Verpflichtung auf Grund eines selbständigen Verpflichtungsaktes nicht eingegangen, so hat er frei verfügbares Geld erhalten. (a. M. Budde, Bank Archiv VII, 247, Kiefe, JW. 1909, 382; 1911, 928) Anders jedoch, wenn eine vertragliche Pflichtstellung, wie sie durch den Baugeldvertrag begründet ist, übernommen oder neugeschaffen wird. Dadurch tritt der Zessionar in die Rechtsstellung ein, die ohne den Rechtsvorgang der Abtretung dem Empfänger der abgetretenen Darlehnsvaluta die Stellung eines gesetzlichen Baugeldempfängers gegeben hätte. An seine Stelle tritt unter Übernahme der gesetzlichen Verpflichtung der Zessionar, wodurch er auch als Täter der Bestrafung nach § 5 ausgesetzt ist.

Für die Beurteilung der Personen, die als Treuhänder das Baugeld an Stelle des ursprünglichen Baugeldempfängers in Empfang nehmen und zur Befriedigung der am Bau beteiligten Personen im eigenen Namen für Rechnung des Bauherrn auszahlen sollen, wird in Bezug auf ihre Stellung als Baugeldempfänger nichts besonderes

[1]) Mit Recht der Ansicht Kiefes, JW. 1909, 383, von Breit l. c. 404 entgegengesetzt. Hieran scheitern auch die Ausführungen Kiefes, JW. 1911, 927; vgl. auch Hagelberg 43.

[2]) Vgl. RG. Bd. 38, 311.

zu gelten haben. Die Abtretung der Baugelder an solche Personen erfolgt oft zum Zwecke der ungestörten Durchführung des Bauunternehmens, der Begründung der persönlichen Haftung eines Dritten, der besseren Garantie für die bestimmungsmäßige Verwendung oder Verteilung der Baugelder. (vgl. Hillig 24, Hagelberg 47—50). Zu beachten ist, von wem die Treuhänder ihren Auftrag zur Verwendung der Gelder erhalten. Meist wird ihre rechtliche Stellung auf einer Abtretung des Baugeldanspruches und Beauftragung durch den Darlehnsnehmer beruhen. Sie können aber auch als Beauftragte des Baugeldgebers oder der Baugläubiger auftreten. Baugeldempfängerstellung werden die Treuhänder entweder dadurch erhalten, daß sie mit Zustimmung des Geldgebers die vertragliche Verwendungspflicht, wie sie durch den Baugeldvertrag geschaffen ist, übernehmen, oder durch Vertrag mit dem Darlehnsnehmer die Verpflichtung eingehen, die gewährten Geldbeträge im Rahmen der gesetztlichen Verwendungspflicht den Baugläubigern auszukehren. Einer Bezugnahme auf den Baugeldvertrag bedarf es nicht, wenn zwischen dem Darlehnsempfänger und Treuhänder die gesetzlichen Merkmale, so auch die dingliche Sicherung der Ansprüche des zweiten Geldgebers, vereinbart werden. Der Treuhänder kann aber auch lediglich Beauftragter des Baugeldempfängers sein. Dann wird er Hilfsperson des Baugeldempfängers sein. Diesen wird in erster Linie die Verantwortung für die zweckmäßige Verwendung der Baugelder treffen, während der Treuhänder nur als Gehilfe des Baugeldempfängers zivilrechtlich und strafrechtlich haftbar gemacht werden kann. Als Vertrauensmann der Baugläubiger wird dem Treuhänder Baugeldempfängerstellung im Sinne des Gesetzes nicht zukommen. Er wird die Geldbeträge dann nicht auf Grund eines Baugeldvertrages in Empfang nehmen. Die Baugläubiger werden durch Abtretung des Baugeldanspruches bereits Befriedigung erhalten haben. Die abgetretene Baugeldforderung werden sie zwecks proratarischer und sachgemäßer Verteilung an die einzelnen Gläubiger dem Treuhänder weiter übertragen haben. Eine Verwendungspflicht im Sinne des Gesetzes wird für einen solchen Treuhänder nicht bestehen, da bereits der Zweck des Gesetzes, das Baugeld zur Befriedigung der Baugläubiger zu verwenden, erreicht ist. Mit der Tilgung von Bauforderungen in Höhe des Baugeldes erlischt die Verwendungspflicht. Dasselbe wird zu gelten haben, wenn zwecks Befriedigung und Verteilung der Baugelder an die einzelnen Gläubiger die Abtretung des Baugeldanspruches an deren Vertrauensmann unmittelbar durch den Baugeldgeber oder dessen Gegenkontrahenten erfolgt. Dann wird es sich nur um eine Form der Ausübung der Verwendungspflicht handeln und nicht um eine Rechtsnachfolge in die Baugeldempfängerstellung.

Auch der Anweisungsempfänger kann als gesetzlicher Baugeldempfänger in Betracht kommen. Die Anweisung ist eine schriftliche Ermächtigung des Anweisungsempfängers, unabhängig von dem ihr zugrunde liegenden Verhältnis Geldbeträge bei dem angewiesenen Baugeldgeber im eigenen Namen zu erheben. Der Angewiesene ist zugleich ermächtigt, für Rechnung des Anweisenden an den Anweisungsempfänger zu leisten (§ 783 BGB.) In Unterscheidung

von der Zession, die eine völlige Übereignung der Forderung des Zedenten herbeiführt und unwiderruflich ist, ist die Anweisung nur eine widerrufliche Überweisung einer Geldzahlung. Aus dem Rechtsakt der Anweisung allein erwirbt der Anweisungsempfänger zudem noch kein Recht gegen den Angewiesenen. Diese charakteristischen Eigenarten der Anweisung stehen nicht entgegen, daß der Anweisungsempfänger als Baugeldempfänger angesehen werden kann, wohl aber die abstrakte Natur der Anweisung. Akzeptiert auch der Geldgeber die Anweisung, so entsteht für den Anweisungsempfänger keine Verpflichtung, das empfangene Geld zu bestimmten Zwecken zu verwenden, da die Anweisung unabhängig von einem unterliegenden Rechtsgeschäft gültig ist. Legt der Inhalt der Anweisung dem Anweisungsempfänger keine Verpflichtungen auf, so erhält er das Geld zu freier Verfügung und nicht als „Baugeld". [1]) Das Kausalverhältnis zwischen dem Anweisenden und dem Angewiesenen, sowie das Verhältnis zwischen dem Anweisenden und dem Anweisungsempfänger kommt nicht in Betracht. Daher wird auch dem Anweisungsempfänger keine Verwendungspflicht obliegen, wenn er weiß, daß es sich um Geld handelt, das für die Herstellung eines Baues bestimmt ist. [2]) Doch kann der Inhalt der Anweisung dem Anweisungsempfänger die Verwendungspflicht der auf Grund der Anweisung erhaltenen Gelder auferlegen, oder es kann bei der Aushändigung oder Annahme der Anweisung eine dementsprechende Vereinbarung getroffen werden. Erhält der Anweisungsempfänger auf diese Weise das Verfügungsrecht über die Geldbeträge, so wird er als Baugeldempfänger im gesetzlichen Sinne anzusehen sein. (vgl. Hagelberg 56 Nr. 47 d).

Mit der Frage der Abtretbarkeit der Baugeldforderung wird im wesentlichen auch die Frage der Pfändbarkeit des Baugeldanspruches entschieden sein. Nach § 851 ZPO. ist der Anspruch insoweit pfändbar, als er abtretbar ist. Da aber der geschuldete Gegenstand in Geld besteht, das grundsätzlich eine Pfändung zuläßt, kann die Forderung, auch insoweit sie nach § 399 BGB. unübertragbar ist, unbeschränkt gepfändet und zur Einziehung überwiesen werden. Das wird namentlich zu beachten sein, wenn durch Vereinbarung der Parteien die Abtretung ausgeschlossen worden ist. [3])

---

[1]) vgl. Staudinger II, § 783 VIII, § 784, 2, b, Planck, § 783, Ziff. 2, b, Neumann Vorbem. 2 vor § 783; Oertmann Vorbem. 3 vor § 783. Breit, JW. 1909, S. 403 f.; Hagelberg 56.

[2]) vgl. Staudinger § 784 5, c, Wienstein, Recht 1906, 1418 ff.; Gruchot Bd. 48, 480.

[3]) vgl. übereinstimmend, du Chesne, K. G. Bl. 1907, 49; K. G. Bl. 1907, 107 (KG.); Friedländer, Seuff. Bl. Bd. 69, 206, 515; Abraham, Holdheims M. Schr. 1905, 275; Staudinger II § 607. 9, c. β, γ. Kiefe, JW. 1909, 382 und 1911, 926 ff.; Mügel 25, 26; Hagelberg 50 ff. und JW. 1909, 448; Hillig 22, Zeitschr. f. Not. in Rheinpr. 1902, 108; Bayr. Not. Zeitschr. 1905, 205 (OLG. München). OLG. Bd. 15, 14 (Dresden); K. G. Bl. 1907, 197 (KG.): Bayr. Zeitschr. f. Rechtspflege 1905, 205 (OLG. München); Bl. f. R. A. Bd. 71, 659 (LG. München); Bd. 72, 171 (OLG. Dresden); Zentr. Bl. f. freiw. Gerichtsbarkeit Bd. 6, 612.

Die Pfändung wird verneint: Recht 1901, 231 Nr. 745 (OLG. München), 1903, 404 Nr. 2213 (OLG. Breslau); K. G. Bl. 1905, 63; OLG. Bd. 13, 211; Bd. 14, 184; Bd. 16, 378; Seuff. Archiv Bd. 57, Nr. 185 (OLG. Dresden); Frankfurter Rundsch. 29, 260 (OLG. Frankfurt); Dechamps, DJZ. 1905, 903; Breit, JW. 1909, 353, 403;

Der Pfändungsgläubiger kann jedoch nicht mehr Rechte erhalten, als sein Schuldner besaß. Die Vertragsrechte des Baugeldgebers bleiben unberührt, und auf diese kann sich der Geldgeber berufen. Er kann sein Leistungsverweigerungsrecht geltend machen mit der Begründung, daß er nur zum Zwecke des Baues Geld herzugeben verpflichtet ist. Er kann die Einrede des nicht erfüllten Vertrages nach § 320 BGB., z. B. bei Stillstand des Baues, erheben oder gemäß § 326 vom Vertrage zurücktreten.[1]) Doch wird der Vollstreckungsrichter nicht berechtigt sein, die nur angeblich bestehende, zu pfändende Forderung ihrem rechtlichen Bestande nach zu prüfen. Eine Entscheidung seinerseits über das Bestehen der Forderung und über etwaige Einreden des Dritt-Schuldners ist ausgeschlossen. Darüber wird die Entscheidung des Prozeßgerichts einzuholen sein.[2])

Der Pfändungsgläubiger kommt, wenn der Geldgeber auf seine Gegenrechte verzichtet, infolge der Pfändung jedenfalls in den Besitz von Geldbeträgen, die auf Grund des Baugeldvertrages geschuldet sind. Der Baugeldnehmer kann der Auszahlung der Geldbeträge durch den Baugeldgeber an den Pfändungsgläubiger nicht widersprechen, weil dadurch diese Gelder ihrer Bestimmung entzogen werden. Der Gläubiger tritt durch den Überweisungsbeschluß und Pfändungsbeschluß an die Stelle des Baugeldnehmers (§ 836 Abs. 1 ZPO.)[3]). Dennoch wird der Pfändungsgläubiger nicht ohne weiteres Baugeldempfänger im Sinne des Gesetzes werden. Trifft der Geldgeber mit dem Pfändungsgläubiger eine Vereinbarung dahin, daß die Verwendung der gezahlten Beträge im Sinne des Baugeldvertrages erfolgen solle, so wird der Pfändungsgläubiger die Stellung eines Baugeldempfängers erhalten. Das wird jedoch nicht der Fall sein, wenn der Gläubiger die Geldbeträge als solche zur Tilgung der Pfandschuld, nicht zur Bestreitung der Kosten eines Baues in Empfang nimmt. Die vertragliche Verwendungspflicht geht dann nicht mit über und bleibt bei dem Schuldner des Baugeldvertrages zurück, dem damit auch trotz der Unmöglichkeit der Verwendung dieser Geldbeträge die Stellung als Baugeldempfänger verbleibt[4]).

Einer weiteren Erwägung wird es bedürfen, ob der Vertreter des Baugeldempfängers auch seinerseits als Baugeldempfänger anzusehen ist. Nach Mügel (9) trifft einen Bevollmächtigten oder sonstigen Vertreter die Verwendungspflicht, wenn er den Berechtigten nicht nur in Bezug auf die Empfangnahme des Geldes vertritt,

---

Stepp, JW, 1911, 745 ff.; Stepp 746: Gegenstand der Baugeldforderung bildet nämlich nicht die Geldzahlung schlechthin, sondern die Geldzahlung als forderungsbegründender Akt.

[1]) vgl. Staudinger § 607, 9, d, β; Friedländer Bl. f. R. A. Bd. 69, 207; Abraham, Holdheims M. Schr. 1905, 275, Hillig 22; OLG. Bd. 15, 14.

[2]) vgl. Hagelberg S. 51; Abraham, Holdheims M. Schr. 1905, 276; OLG. 15, 14; Bl. f. R. A. Bd. 72, 171; K. G. Bl. 1907, 107 (KG.); RG., DJZ. 1907, Sp. 1086; a. M. Recht 1901, 231; 1903, 404; OLG. Bd. 13, 211 (KG.); K. G. Bl. 1905, 63.

[3]) vgl. Hagelberg 52, Hillig 22, 23; Abraham, Holdheims M. Schr. 1905, 276; Kiefe JW. 1911, 929.

[4]) vgl. übereinstimmend: Breit, JW. 1909, 403; Hagelberg 54 b; Hillig 25; A. A. Mügel 27; Budde, Bank Archiv VII, 246; Kiefe, JW. 1909, 383; 1911, 928.

sondern auch über die Verwendung zu verfügen befugt ist; daneben jedoch auch den Vertretenen, wenn der Vertreter nach seinen Weisungen gehandelt hat, oder er nicht den Vertreter mit den nach Sachlage gebotenen Weisungen versehen hat. Hagelberg (38, 39) hält den gewillkürten Vertreter einer natürlichen Person nicht für den gesetzlichen Baugeldempfänger, da er keine eigene Verfügungsgewalt über das Baugeld hat, sondern sie nur als Beauftragter eines anderen für diesen als Hilfsperson ausübt. Schneider (42) ist der Ansicht, daß der Vertretene der Empfänger ist, wenn das Geld einem Vertreter bezahlt wird. Der allgemeine Rechtsnachfolger des Empfängers habe dessen Rechte und Pflichten. Beachtet man den Zweck des Gesetzes, das auf die freie Handlungsfähigkeit des Baugeldempfängers einwirken will, so kann es zunächst nicht darauf ankommen, ob die Handlungsfähigkeit in Bezug auf ihren Rechtsgrund eine eigene oder abhängige Verfügungsgewalt ist. Eine rechtliche Verfügungsbefugnis und -verpflichtung kann in beiden Fällen in gleicher Weise gegeben sein. Es wird vielmehr auf die mehr oder weniger abhängige Stellung des gewillkürten Vertreters ankommen, infolge deren er an den Willen des Auftraggebers in minderem oder höherem Maße gebunden ist. Nimmt der Vertreter die Stellung eines Generalbevollmächtigten, z. B. Prokuristen, ein, der Verfügungen über die Einziehung und Verwendung des Baugeldes ohne Rücksicht auf besondere Willenserklärungen des Vollmachtgebers zu treffen befugt ist, so übt der Vertreter für den Vertretenen die Handlungsfreiheit aus, auf die im gewissen Sinne bestimmend einzuwirken die Aufgabe des Gesetzes ist. Es würde in diesem Falle umsoweniger gutzuheißen sein, dem Bevollmächtigten nicht die Stellung des Baugeldempfängers zuzuweisen, wenn der Vollmachtgeber die Vollmacht nicht beliebig widerrufen kann, sondern an die Einhaltung gewisser Formvorschriften usw. gebunden ist. Ob in der Erteilung einer derartigen Vollmacht eine Verletzung der Verwendungspflicht des § 1 Bauf. S. G. zu sehen ist, hängt von dem Inhalt der Verwendungspflicht ab. Vertritt der Bevollmächtigte jedoch den Vertretenen bei der Empfangnahme und Verwendung des Geldes nach bestimmten genauen Weisungen des Vollmachtgebers, so liegt kein Grund vor, dem Vertreter Baugeldempfängerstellung zuzuweisen. Der Vertretene wird Baugeldempfänger bleiben, und der Vertreter wird als sein Gehilfe sich zivil- und strafrechtlich haftbar machen können.

Baugeldempfänger im Sinne des Gesetzes wird des weiteren nicht derjenige sein, der Geldbeträge zur freien Verfügung als Entschädigung oder zahlungshalber als Vergütung für eine Leistung, die für den Bau oder ohne Beziehung auf den Bau vorgenommen ist, empfängt. Denn die Weitergabe als solche enthält nicht den Übergang der Baugeldeigenschaft. Ein Bote oder eine Depositenbank sind nicht Baugeldempfänger, da sie die Geldbeträge nur als solche oder als Geldwerthöhen, nicht in ihrer Eigenschaft als Baugeld, die auf vertraglicher Beziehung beruht, übernommen haben. (vgl. Breit, JW. 1909, 403; Mügel 9; Schneider 42; Hagelberg 37, 39). Zu achten wird aber auf die Person sein. Erfolgt die Zahlung an einen Bau-

gläubiger für Leistungen für den Bau, so wird kein Zweifel bestehen, daß der Empfang zahlungshalber stattgefunden hat. Auch bei Übergabe an einen am Bau Unbeteiligten wird im Zweifel Geld als solches übertragen werden. Anders jedoch, wenn der Empfänger eine Stellung am Bau einnimmt, aus der zu schließen ist, daß er Baugeldempfänger sein soll; das wird zutreffen, wenn ein Bauleiter oder Hauptunternehmer die Gelder nicht als Vergütung, sondern als Auslagendeckung erhält. Dann wird auch im Zweifel die Verwendungspflicht mit übertragen sein.

Da die Geschäftsfähigkeit einer Frau durch ihre Eigenschaft als Ehefrau nicht beschränkt wird, kann auch die Ehefrau den Baugeldvertrag abschließen und die ihr daraus zustehenden Rechte und Pflichten ausüben, wenn von ihr als Unternehmerin in Ausübung des Betriebes eines Erwerbsgeschäftes der Bau aufgeführt und der Baugeldvertrag abgeschlossen wird. Das Bestehen des gesetzlichen oder eines vertraglichen Güterrechts nimmt der Frau in solchem Falle nicht die freie Verfügungsbefugnis über das Baugeld. Eine Genehmigung des Mannes zu Rechtsgeschäften, die sie in Ausübung eines Erwerbsgeschäftes während des Bestehens der Verwaltung und Nutznießung des Mannes abschließt, ist grundsätzlich nicht erforderlich (§ 1405 BGB). Die Frau ist zu Verfügungen über das zum Vorbehaltsgute gehörende Baugeld (§ 1367 BGB.) selbständig berechtigt und wird daher als Baugeldempfängerin zu betrachten sein. Dasselbe wird zu gelten haben beim Bestehen der Gütertrennung oder eines vertragsmäßigen Güterrechts, soweit die Bestimmungen des BGB. eingreifen. (§§ 1452, 1519 Abs. 2, 1549, 1405 BGB). Betreibt die Frau kein selbständiges Erwerbsgeschäft, so werden abweichende Grundsätze nur beim Vorliegen eines vertraglichen Güterrechts des Bürgerlichen Gesetzbuches eingreifen. Die auf Grund eines Baugeldvertrages gewährten Geldbeträge, der durch die Frau oder im Namen der Frau durch den Mann mit besonderer Vollmacht seitens der Frau abgeschlossen worden ist, gehören zum Gesamtgut, das der Verwaltung des Mannes unterliegt (§§ 1498, 1519 Abs. 2, 1549, 1543 BGB.). Dieses gesetzliche Verwaltungsrecht gibt insbesondere dem Mann das Verfügungsrecht über das Gesamtgut, wodurch er auch die Stellung als Baugeldempfänger einnimmt. (vgl. ähnlich Hagelberg 39, 40).

Erlischt das Verfügungsrecht des Baugeldempfängers durch seinen Tod oder durch die Einleitung des Konkursverfahrens oder der Zwangsverwaltung über sein Vermögen, so kann als Baugeldempfänger der Erbe, wie der Konkurs- und Zwangsverwalter in Betracht kommen. Bei dem Eintritt des Erben in die Baugeldempfängerstellung handelt es sich nicht nur um die Übernahme von Rechten, sondern auch von Verbindlichkeiten. Abgesehen davon, daß überhaupt eine Erbfolge in den Baugeldvertrag ausgeschlossen werden kann, wird sich mit dem Übergang des „Vermögens“ von selbst auch der Übergang der Verbindlichkeiten des Erblassers aus dem Baugeldvertrage auf den Erben vollziehen (vgl. Staudinger V § 1922 IV, 1). Um unvererbliche Verbindlichkeiten und Rechte wird es sich beim Baugelddarlehn im Zweifel nicht handeln. Er-

folgt nicht eine Vornahme von Maßnahmen zur Beschränkung der Haftung für die Nachlaßverbindlichkeiten, so werden der oder die Erben als Baugeldempfänger zu gelten haben.

Der Konkursverwalter hat nicht den Verpflichtungen des Gemeinschuldners nachzukommen. Findet er daher in der Masse noch nicht verwendete Geldbeträge, so besteht für ihn nur die gesetzliche Verwendungspflicht, wenn er in das durch den Baugeldvertrag geschaffene Rechtsverhältnis nach § 17 KO.[1]) eingetreten ist. Ein Absonderungsrecht (§ 47 ff.) an diesen Geldern steht den an der Herstellung des Baues Beteiligten nicht zu. Das gleiche gilt von dem Zwangsverwalter[2]).

Es kann zweifellos durch den Baugeldvertrag das Baugeld auch juristischen Personen versprochen werden. Der Gegenkontrahent des Baugeldgebers ist eine Aktiengesellschaft, eingetragene Genossenschaft oder Gesellschaft mit beschränkter Haftung. Diesen juristischen Personen als solchen kann die Stellung als Baugeldempfänger, dem die gesetzliche Verwendungspflicht des § 1 obliegt und der der Bestrafung nach § 5 unterworfen ist, nicht zukommen. Handlungsfähig sind juristische Personen nur durch Vermittlung physischer, und strafbar sind sie als solche überhaupt nicht. (RG. Str. Bd. 16, 121). Es können daher nur die gesetzlichen oder verfassungsmäßigen Vertreter der juristischen Personen, die über die Verwendung zu bestimmen haben, als Baugeldempfänger in Frage kommen. Die Vertreter erhalten das Baugeld, haben darüber als Organ der juristischen Person die rechtliche Verfügungsmacht und bestimmen über seine Verwendung. Es erfolgt jedoch durch die Vertreter keine Übernahme der durch den Baugeldvertrag entstandenen Verpflichtung, sondern ihr Verfügungsrecht beruht auf Bestimmungen, die allgemein durch Gesetz oder Statut für die juristische Person geschaffen sind. Dieser Rechtsgrund ist für die Ausübung der Verwendungspflicht durch die Vertreter maßgebend und nicht die Eigenschaft der Geldbeträge als Baugeld im gesetzlichen Sinne. Diese Eigenschaft beruht auf einer vertraglichen Zweckbestimmung, die zwar gegenüber der juristischen Person als selbständiges Rechtssubjekt geschaffen worden ist, für andere Personen aber nur durch den Beitritt zum Baugeldvertage oder vertragliche besondere Vereinbarung von der Bedeutung sein kann, daß die Empfangnahme durch diese Personen diesen die Eigenschaft als Baugeldempfängern gibt. Ein derartiger für die Begründung der Baugeldempfängereigenschaft notwendiger Vorgang erfolgt von seiten der juristischen Person gegenüber ihren Vertretern nicht. Schließt daher der Baugeldgeber, der oft selbst das größte Interesse an der bestimmungsgemäßen Verwendung des Baugeldes hat, mit einer juristischen Person den Vertrag, so kann in diesen eine besondere Bestimmung über die Ausübung der Verfügung über das Baugeld aufgenommen werden. Dann würde diesen Personen, die auch die Vertreter der juristischen Person sein können, Baugeldempfängerstellung zukommen. Doch wäre es nicht zu recht-

[1]) Nach der herrschenden Meinung findet § 17 KO. auf Baugeldverträge keine Anwendung, da sie keine gegenseitigen Verträge sind. RG. 35, 28; JW. 1909, 309,4.

[2]) vgl. Hagelberg 38, 79, 80; Schneider 48.

fertigen, wenn man denjenigen, dem durch einen mit der juristischen Person, der vertraglichen Gegenkontrahentin des Baugeldgebers, abgeschlossenen Vertrag über die Übertragung und Verwendung des Baugeldes Baugeldempfängerstellung zukommt, als Baugeldempfänger zulassen wollte, aber es verneinen würde, daß die nach Gesetz oder Statut zur Vertretung der Vermögensangelegenheiten berufenen Personen auf Grund dieser Berechtigung allein nicht als Baugeldempfänger gelten dürften. Es muß das Gesetz oder Statut dem Vertrag in dieser Hinsicht jedoch gleichgestellt werden[1]). Darum können die Vertreter der juristischen Person auch ohne besondere vertragliche Bestimmung auch als Baugeldempfänger erachtet werden. Eine Identifizierung des Organs der juristischen Person mit dieser selbst in Hinsicht auf die Baugeldempfängereigenschaft für dieses Gesetz[2]) ist jedoch eine Fiktion, die mit den allgemeinen Rechtsanschauungen über die juristische Person und den bisher entwickelten Sätzen über die Begründung und das Wesen der Baugeldempfängerstellung im Widerspruch steht und nur durch gesetzliche Bestimmungen hätte geschaffen werden können.

Zu beachten wird in jedem Falle sein, ob diejenige Person, mag dies ein Generalvertreter, die Ehefrau, ein Willensunfähiger, ein beschränkt Geschäftsfähiger oder eine sonstige dritte Person sein, die als Baugeldempfängerin anzusehen ist, die notwendigen intellektuellen und geschäftlichen Fähigkeiten besitzt, wie sie eine derartige Stellung, die in hohem Maße geschäftliche Gewandtheit voraussetzt, verlangt. Ist lediglich eine Person zum Schein vorgeschoben oder die Bildung einer juristischen Person zur Umgehung des Gesetzes vorgenommen, so wird trotzdem derjenige als Baugeldempfänger zu behandeln sein, welcher nach dem erweislichen oder mutmaßlichen Willen der Parteien und den bestehenden wirtschaftlichen Verhältnissen die Geldbeträge als Baugeld erhalten und verwenden sollte. (vgl. Hagelberg 39). Nur unter ausgiebiger Beachtung des häufig stattfindenden Vorschiebens von Personen und der Wirkung dieses Verfahrens wird die Folge der Regelung des Gesetzes und der Auslegung des Begriffs „Baugeldempfänger", wodurch eine Ausschaltung des Gesetzes, jedenfalls des § 5, erreicht würde, zu beseitigen sein. (vgl. unten S. 469 f.)

Die Stellung eines Baugeldempfängers bei einem Bau kann mehreren Personen zukommen. Zunächst ist ohne weiteres ersichtlich, daß mehrere Personen Baugeldempfänger sind, wenn ihnen auf Grund besonderer Baugeldverträge Baugeld gewährt wird und jedem für die ihm gewährten Beträge die Befugnis und Verpflichtung zur Verwendung zusteht. Diese Baugeldempfänger werden gesondert nebeneinander stehen, und jeder wird für sich unbeeinflußt durch die anderen für seine Tätigkeit einzustehen haben. Es kann ferner die Erscheinung vorkommen, daß das Baugeld mehreren Personen gemeinschaftlich gewährt wird und alle nebeneinander als Baugeldempfänger anzusehen sind. Das wird namentlich vorkommen, wenn

[1]) A. M. Mügel 40. Im Ergebnis übereinstimmend Hagelberg 38.
[2]) Ansicht Hagelbergs 38, dem auch Hillig 25 nicht zustimmt.

eine offene Handelsgesellschaft oder eine Kommanditgesellschaft den Baugeldvertrag abschließt. Doch steht in solchem Falle nichts im Wege, die Baugeldempfängereigenschaft einer dritten Person oder einem Gesellschafter ausschließlich derart zu übertragen, daß die übrigen Gesellschafter aufhören, Baugeldempfänger zu sein. Haben diese damit keine Verfügungsmacht über das Baugeld, so kann ihnen irgend eine Pflicht aus § 1 fernerhin nicht zustehen. Bleiben die Gesellschafter nebeneinander Baugeldempfänger, so wird es sich fragen, ob sie gegenseitig für die Einhaltung der gesetzlichen Pflicht einzustehen haben. Grundsätzlich wird eine Verletzung der Pflicht des § 1 nur durch eigene Handlungen oder Unterlassungen des einzelnen Baugeldempfängers herbeigeführt werden können. Ob darüber hinaus eine gegenseitige Beaufsichtigungspflicht bei einer Mehrheit von Baugeldempfängern besteht, oder ob allein die Übertragung der Verwendungspflicht auf einen Dritten eine Verletzung des § 1 darstellt, wird eine Frage des Inhalts der Verwendungspflicht sein. Eine Mehrheit von Schuldnern im schuldrechtlichen Sinn und damit ein Gesamtschuldverhältnis (§ 431 BGB.) wird durch die Vorschrift des § 1, soweit ein solches durch Verletzung der gesetzlichen Verwendungspflicht begründet werden sollte, nicht für mehrere Baugeldempfänger zur Entstehung kommen. (vgl. Hagelberg 41). Auch dadurch kann eine Mehrheit von Baugeldempfängern geschaffen werden, daß einem Dritten ein Teil der gewährten Geldbeträge durch den ursprünglichen Baugeldempfänger abgetreten wird. Auch können mehrere Personen hintereinander die Stellung des Baugeldempfängers einnehmen. Das erfolgt dadurch, daß der erste Baugeldempfänger dem zweiten das Baugeld als solches gewährt. Dies wird oft unter Übernahme der Bedingungen des Baugeldvertrages geschehen oder unter erneuter Festsetzung der Merkmale für die Baugeldeigenschaft von Geldbeträgen. Auch durch Abtretung des Baugeldanspruches als solchen kann der Zessionar Baugeldempfänger hinter dem Zedenten werden. Dagegen wird die reale Weitergabe der Geldbeträge, ohne Übernahme der vertraglichen Verwendungspflicht, nicht die Wirkung haben, daß der Übernehmer, der die Weitergabe an die Baugläubiger vermitteln soll, zweiter Baugeldempfänger wird. Der Eintritt des zweiten oder eines weiteren Baugeldempfängers kann die gesetzliche Verpflichtung des vorhergehenden aufheben oder bestehen lassen. Im ersteren Falle werden die Baugeldempfänger nebeneinander haften, und zwar derart, daß der erste für den folgenden, unbeschadet dieser selbst verantwortlich ist, unbeschränkt für dessen Handlungen einsteht. Oder der Eintritt eines zweiten Baugeldempfängers löst die gesetzliche Verpflichtung des ersten von dem Zeitpunkt des Eintritts ab. Der erstere hört auf, Baugeldempfänger zu sein, behält aber die gesetzliche Verantwortlichkeit für die Verwendung der Geldbeträge, die er bereits auf Grund und während der Zeit seiner Berechtigung empfangen hat. Ob und inwieweit dieser für die Abgabe der Baugeldempfängerstellung, die Auswahl und Beaufsichtigung des neuen Baugeldempfängers einsteht, ist wiederum eine Frage des Inhalts der gesetzlichen Verwendungspflicht. Die Haftung des ersten Baugeld-

empfängers wird ihrem Umfange nach davon abhängig sein, ob das Eintreten des zweiten unter Fortbestehen der Verwendungspflicht des ersten erfolgt oder unter Ablösung dieser. Welcher Fall vorliegt, wird aus den zwischen beiden Personen bestehenden Vereinbarungen hervorgehen.

§ 11. Bestandteile und Wesen der Verpflichtung.

I. a.) Die gesetzliche Verwendungspflicht besteht ihrem Inhalt nach in der positiven Pflicht[1]), das Baugeld zur Befriedigung der in § 1 Abs. 1 genannten Personen zu verwenden. Die Verpflichtung enthält nicht bloß „das Verbot anderweiter Verwendung", wie Hillig (30) annimmt. Um überhaupt die Ausübung der positiven Pflicht zu ermöglichen, muß inzidenter in dieser das Verbot enthalten sein, das Baugeld beliebig zu verwenden. Hierin liegt aber nicht das Wesen der Verpflichtung. Das Gesetz schreibt ausdrücklich vor, „daß der Empfänger von Baugeld verpflichtet ist, das Baugeld . . . . . zu verwenden." Dieser klare Wortlaut ist nicht durch ein aus den Bestimmungen des in § 1 Abs. 1 S. 2 und Abs. 2 entnommenes argumentum e contrario auszulegen und abzuschwächen, vielmehr enthalten die letzteren Vorschriften nur Ausnahmen von dem in Abs. 1 S. 1 aufgestellten Grundsatz. Ihr Sinn ist allerdings auch bei der hierdurch dem Empfänger auferlegten Tätigkeitspflicht nicht außer acht zu lassen, jedoch in anderer Weise zu verwerten. Da es sich um einen Geldbetrag von festbestimmbarer Höhe handelt und die Baugeldeigenschaft nicht den gewährten Geldbeträgen als dingliche Last anhaftet, noch das Gesetz darauf Wert legen kann, daß gerade die von dem Baugeldempfänger in Empfang genommenen Gelder, die individuellen Geldbeträge, den Baugläubigern zugeführt werden sollen (vgl. Stier-Somlo 39, 40), wird der Verwendungspflicht dadurch genügt werden, wenn durch den Baugeldempfänger „aus anderen Mitteln" in Höhe der zugesicherten Baugelder Geldbeträge verwandt und damit Bauschulden getilgt werden. Jedoch darf man nicht soweit gehen, auch bei einer Befriedigung der Baugläubiger von dritter Seite insoweit Geldwerthöhen von der Verwendungspflicht auszunehmen. Vielmehr werden durch den Baugeldempfänger oder in seinem Auftrag oder für seine Rechnung durch einen Dritten in Anrechnung auf das gewährte Baugeld Baugläubiger befriedigt werden müssen. Erst mit Verwendung einer Geldsumme in Höhe des Baugeldes in dieser Weise oder mit dem Wegfall der im Gesetz genannten Personen wird die positive Verwendungspflicht ihr Ende finden. Der Verwendung unterliegt jedoch nur das verwendungspflichtige Baugeld im oben erörterten Sinne (vgl. § 8 S. 159 f.), nicht auch diejenigen Geldbeträge schlechthin, die auf Grund des Baugeldvertrages gewährt werden. Ob eine tatsächliche Auszahlung erfolgt, ist jedoch unwesentlich, da die Verwendung des Baugeldes auch durch Verwendung des Baugeldanspruchs geschehen kann. Doch besteht für den Baugeldempfänger die Verwendungspflicht nur insoweit, als ihm ein Anspruch auf Erhebung von

[1]) vgl. K. B. 31; Hagelberg 57; Schneider 43; Harnier 35; a. M. Hillig 33.

Baugeldern zusteht und nicht seine Verfügungsmöglichkeit dadurch eingeschränkt ist, daß der Baugeldgeber vertragsmäßig berechtigt ist, selbständig Dispositionen über die von ihm versprochene Valuta zu treffen oder auf Grund eines Vorbehalts Abzüge von den einzelnen Baugeldraten bei ihrer Auszahlung oder sonstigen Zuverfügungstellung zu machen. Ein Verstoß gegen die gesetzliche Verpflichtung liegt in der Abmachung derartiger vertraglicher Bestimmungen nicht. Übernimmt der Baugeldgeber selbst die Verteilung der Geldbeträge im gesamten Umfange oder teilweise, so besteht eine gesetzliche Verwendungspflicht im Sinne des § 1 insoweit überhaupt nicht. Die gesetzliche Formulierung umfaßt nicht den Fall, daß der Geldgeber die dem Baugeldempfänger zustehenden Rechte selbst ausübt. Der Geldgeber kann nicht zugleich Baugeldempfänger sein, und nur der Baugeldempfänger ist dem § 1 unterworfen (vgl. Breit, JW. 1909, S. 351; Hagelberg 58; Mügel Schneider 43). Des weiteren kann dem Baugeldgeber das Recht zustehen, für gewisse mit dem Vertrage begrifflich zusammenhängende Leistungen von dem Baugeld Abzüge zu machen und so seine Gegenforderungen durch Aufrechnung zu tilgen. Das wird häufig zur Vereinfachung und zur Sicherheit des Geldgebers geschehen. So bei Abmachung von Vermittlungsgebühren, Abschlußprovisionen oder Zinszahlungen. In solchen Fällen besteht die positive Verwendungspflicht nur in Höhe der Geldbeträge, die tatsächlich noch zur Tilgung von Bauschulden übrig bleiben (vgl. Breit, JW. 1909, 352; Hagelberg 58).

Dieser gesetzlich den Baugläubigern zu sichernde Betrag unterliegt der Verwendung. Ein Verwenden wird dann stattgefunden haben, wenn der Gebrauch des wirtschaftlichen Wertes des Geldes eine Befriedigung von Baugläubigern herbeigerührt hat. Im rechtlichen Sinn bedeutet diese Tätigkeit die Vornahme von Rechtshandlungen, durch die infolge des Übergangs wirtschaftlicher Werte der rechtliche Untergang obligatorischer Schuldverhältnisse erreicht wird.

Die Tätigkeit des Baugeldempfängers, die eine solche Befriedigung von Baugläubigern zum Gegenstand hat, kann in den Formen ausgeübt werden, in denen überhaupt das Erlöschen der bestehenden Vertragspflichten herbeigeführt werden kann. (vgl. Hagelberg 66; Hillig 31). Die bare Zahlung von Geldbeträgen wird die normale Verwendung der Baugelder und Tilgung der Schuldverbindlichkeiten darstellen. Daneben wird durch Abtretung des Anspruchs auf Baugeld oder durch Anweisung und Zahlung durch den Baugeldgeber die Befriedigung von Bauforderungen erreicht werden können. Eine Abtretung des Baugeldanspruchs kann allein ohne Zahlung das Schuldverhältnis zum Erlöschen bringen, wenn der Gläubiger die Abtretung des Anspruchs an Erfüllungsstatt annimmt (§ 364 BGB). Bei Pfändung des Baugeldanspruchs durch einen Baugläubiger und Überweisung zur Einziehung wird im Falle der Zahlung, bei Überweisung an Zahlungsstatt mit der Überweisung die Befriedigung des pfändenden Baugläubigers, soweit der Baugeldanspruch besteht, eintreten. (§ 835 ZPO). Auch wenn die Befriedigung durch Annahme einer Sachleistung an Erfüllungsstatt erfolgt, sofern z. B. Sachen durch

Baugeld erworben sind, die hingegeben werden, wird eine gesetzliche Verwendung des Baugeldes vorliegen. Es braucht auch nicht vorausgesetzt werden, daß die den Baugläubigern geschuldete Leistung in Geld vereinbart sein muß. Werden derartige Leistungen geschuldet, so kann der Erwerb solcher Sachen mit Baugeld geschehen, und die Leistung dieser Sachen durch den Baugeldempfänger die Erfüllung des Schuldverhältnisses bilden. (§ 362 Abs. 1 BGB.) Auch in der Einräumung einer Mietwohnung und ihrer Ausstattung kann die Gegenleistung für einen Baugläubiger bestehen. Die Bezahlung des Mietzinses und der Auslagen an einen Dritten stellt eine Verwendung zur Befriedigung von Baugläubigern dar. Eine Hinterlegung von Baugeld zu Gunsten eines Gläubigers wird dann als Verwendung zur Befriedigung erachtet werden können, wenn die Hinterlegung unwiderruflich ist. (§ 376 Abs. 2 Z. 1—3 BGB.) Dadurch wird ein Rechtszustand geschaffen, als wenn der Schuldner zur Zeit der Hinterlegung an den Gläubiger geleistet hätte (§ 378 BGB). In einer Hinterlegung ohne Ausschließung der Rücknahme liegt nur eine einstweilige Verwendung des Baugeldes, die als eine Erfüllung der gesetzlichen Pflicht nicht gelten kann. Nimmt der Baugeldempfänger das hinterlegte Geld zurück, so muß er einen gleich hohen Betrag zur Befriedigung von Baugläubigern verwenden. (vgl. ähnlich Mügel S. 11, Hillig 31.) Bei einer Hinterlegung im Prozeß zur Abwendung der vorläufigen Vollstreckbarkeit des Urteils dient die hinterlegte Summe im Fall des Obsiegens des Baugläubigers zu dessen Befriedigung. Die Verwendungspflicht wird mit der tatsächlichen Befriedigung des Baugläubigers aus der hinterlegten Summe ihr Ende nehmen. Den Erlaß einer Bauforderung, wodurch rechtlich ein Erlöschen des Schuldverhältnisses eintritt, kann der Baugeldempfänger dennoch nicht derart für sich ausnutzen, daß er sich in Höhe der erlassenen Forderung als von seiner Verpflichtung befreit betrachten kann. (vgl. Mügel S. 11, Hillig 31.) Eine Verwendung zur Befriedigung der Beteiligten wird auch dann vorliegen, wenn durch Zahlung aus den Baugeldern Gläubiger von ihren gegen Dritte bestehenden Verpflichtungen befreit worden sind, [1]) z. B. durch Zahlung an diejenigen Personen, von denen Baugläubiger ihr Material bezogen haben. Die Leistung bewirkt eine Erfüllung des Schuldverhältnisses, wenn dieses nicht in Hinblick auf die Herstellung des Baues abgeschlossen ist und dadurch auch der Nachmann nicht Baugläubiger ist, (vgl. unten S. 316 ff.) gegenüber dem Baugläubiger doch nur, wenn dessen Einwilligung vorliegt (§§ 362, 185 Abs. 3 BGB.). Bestehen Baugläubigern gegenüber Verbindlichkeiten, z. B. Wechselschulden, die von ihrem Vertragsgegner, der nicht der Baugeldempfänger zu sein braucht, zahlungshalber eingegangen sind, so kann eine ordnungsmäßige Verwendung in der Tilgung dieser Verbindlichkeiten bestehen. Ist ein Bürge durch einen Baugläubiger in Anspruch genommen, so geht bei Befriedigung durch den Bürgen die Forderung des Gläubigers in ihrer Eigenart als Bauforderung im Sinne des § 1 auf den Bürgen über (vgl. § 774 BGB.). Daher

[1]) vgl. Simon 21.

wird auch eine Befriedigung des Bürgen eine Verwendung des Baugeldes im gesetzlichen Sinne sein.

b) Um diese positive Verwendung des Baugeldes vornehmen zu können, muß der Baugeldempfänger entweder in den Besitz der Geldbeträge gesetzt sein, oder es muß ihm das unbeschränkte Verfügungsrecht über den Baugeldanspruch zustehen. Als integrierender Bestandteil dieser positiven Tätigkeit muß daher angesehen werden, daß der Baugeldempfänger eingezogenes Baugeld ordnungsmäßig verwaltet und über ausstehendes Baugeld die rechtliche Verfügungsmacht zu erwerben suchen muß. (vgl. Hagelberg 56, a. M. Hillig 30).

Wird ihm die freiwillige Auszahlung verweigert, so muß der Baugeldempfänger sich bestreben, die ausstehenden Geldbeträge, auf deren Zuverfügungsstellung er einen rechtlichen Anspruch hat, in die Hände zu bekommen, um eine Befriedigung durch Auszahlung, Abtretung oder Anweisung vornehmen zu können. Seine Pflicht geht aber nicht so weit, auf jeden Fall die Baugelder einzuziehen, lediglich, um sie in seinem Besitz zu haben. Wird sein Anspruch nicht bestritten, und ist der Baugeldgeber nur nicht zu barer Auszahlung, wohl aber zur Zahlung auf Anweisung bereit, so liegt dem Empfänger nicht etwa ob, Klage auf Zahlung an ihn zu erheben. Ohne Erhebungspflicht wäre aber die positive Verpflichtung zur Verwendung des Baugeldes leicht dadurch zu umgehen, daß der Baugeldempfänger auf die Zahlung verzichtet, aus Nachlässigkeit oder böser Absicht die Einziehung unterläßt, sich gegen vertragswidrige Maßnahmen des Baugeldgebers oder sich gegen seine Weigerung, ihm Baugeld zur Verfügung zu stellen, nicht wehrt. Er wird daher seine gesetzliche Verpflichtung schon dadurch verletzen, wenn er bei derartiger Willensrichtung des Baugeldgebers oder bei einer Gefährdung des Baugeldanspruches durch Verschlechterung der Vermögenslage des Darleihers vorsätzlich oder aus Fahrlässigkeit es unterläßt, gegen den Baugeldgeber Klage zu erheben und bei Obsiegen im Zwangsvollstreckungswege gegen ihn nicht vorzugehen. [1]) Ein Verschulden wird ihn jedoch dann nicht treffen, wenn aus irgend einem Grunde ein Prozeß gegen den Baugeldgeber aussichtslos oder zweifelhaft ist, und der Empfänger aus diesen Gründen auf eine Klage verzichtet. Der Geldgeber kann zahlungsunfähig sein, oder ein Gebrauch der Gelder kann nicht stattfinden, weil die Ausführung des Baues verboten oder der Bau aus natürlichen Gründen unausführbar ist. Die Erhebung einer Klage wird auch dann nicht erforderlich sein, wenn die Bedingungen des Baugeldvertrages derart ungünstig für den Baugeldempfänger sind, daß dessen Einhaltung seinen wirtschaftlichen Untergang oder eine derartige Gefahr für die Vollendung des Baues mit sich bringen würde, daß zwar ein Teil der Baugläubiger aus den gewährten Geldbeträgen Befriedigung erhalten würde, die übrigen aber um so sicherer den Verlust ihrer Forderungen zu erwarten hätten.

---

[1]) A. M. Breit, JW. 1909, S. 352, der die Baugläubiger auf die Pfändung fälliger Baugeldraten verweist, ein Mittel, das sie auch ohne das Bauf. S. G. besaßen; jedoch Hagelberg 57; Hillig 31.

c.) Nach der Empfangnahme des Geldes muß der Baugeldempfänger dieses ordnungsmäßig verwalten und verwahren oder sicher anlegen. (vgl. Hagelberg 58; Hillig 31; Schneider 44; Stier-Somlo 40.) Es wäre jedoch wirtschaftlich nicht zu rechtfertigen, wenn er das erhaltene Baugeld gesondert aufbewahren müßte. Die Verwahrung kann dadurch erfolgen, daß er die Geldbeträge einem Dritten, einer Bank, wie es im Verkehr üblich ist, zur Verwahrung übergibt. Hierdurch darf er sich jedoch nicht der Möglichkeit berauben, das Baugeld jederzeit wieder aufnehmen und verwenden zu können, es sei denn, daß er sonstige Mittel flüssig hat. Denn die Verwendungspflicht besteht darin, daß der Baugeldempfänger seine Dispositionen in seinem ganzen wirtschaftlichen Betriebe so einrichten muß, daß er zur Zeit der Fälligkeit der Bauforderungen mit Sicherheit über einen solchen Betrag verfügen kann, der demjenigen entspricht, den er „empfangen hat" (Stier-Somlo 40). Eine sofortige Verwendung bei fälligen Bauschulden ist aber nicht geboten. Mit einer ordnungsmäßigen Sicherungspflicht ist es jedoch auch zu vereinen, wenn der Empfänger die Zeit, in der er keine Zahlungen leisten braucht, dazu benutzt, um das Geld zinstragend anzulegen. So kann er es in einer Sparkasse einzahlen oder kursfähige, zur Sicherungsleistung geeignete Wertpapiere (vgl. auch § 12 Abs. 1 S. 2 d. G.) oder diskontfähige Wechsel dafür ankaufen. Doch darf es sich hierbei nicht um Spekulationsgeschäfte handeln, bei denen er Gefahr läuft, infolge von Kursschwankungen Baugeld einzubüßen.

d.) Die Folge der positiven Verwendungspflicht ist, daß der Baugeldempfänger, sofern nicht die Ausnahmefälle des § 1 Abs. 1 S. 2 oder Abs. 2 vorliegen, über die Baugelder und den Baugeldanspruch nicht in anderer Weise verfügen darf, als zur Befriedigung der Baugläubiger. Eine andere Verfügung über das Baugeld wird dann gegen die gesetzliche Verwendungspflicht verstoßen, wenn durch die Verfügung der rechtliche Anspruch auf Baugelder erlischt oder die tatsächliche Verfügungsmacht dem Baugeldempfänger entzogen wird. Diese negative Funktion der gesetzlichen Verwendungspflicht besteht daher in einer Verfügungsbeschränkung. Die Grenzen dieser Beschränkung der freien Willensbetätigung werden aus dem Zweck des Gesetzes und dem Beginn der Baugeldempfängerstellung zu entnehmen sein. Ihr Ende wird bei vollständiger Befriedigung der im § 1 Abs. 1 genannten Personen eintreten. Die Beendigung des Baues wird nur die Bedeutung haben, daß nunmehr ein weiteres Eintreten von Baugläubigern ausgeschlossen ist. Für das Aufhören der Verfügungsbeschränkung bildet die Beendigung des Baues an sich keinen Erlöschungsgrund. Die Verwendungspflicht beginnt mit der Berechtigung des Baugeldempfängers, aus dem Baugeldvertrage Geldbeträge zur Befriedigung der Kosten des Baues beanspruchen zu können. Vor diesem Zeitpunkt wird daher auch eine Einwirkung auf den Willen des zukünftigen Baugeldempfängers nicht ausgeübt. Vor dem endgültigen Abschluß des Vertrages erfolgt in keiner Weise eine Einwirkung des Gesetzes, die auf die Gestaltung des Vertragswillens von Einfluß sein könnte. Deshalb kann auch keine Verletzung der gesetzlichen Verwendungspflicht durch Überschreitung

ihrer negativen Funktion darin liegen, daß der Baugeldempfänger, wenn er überhaupt Gegenkontrahent ist, einen Vertrag abschließt, nach dem er berechtigt ist, Geldbeträge auch zu anderen Zwecken, die mit dem Bau in keinem oder nur losem Zusammenhang stehen, zu verwenden und nicht zur Befriedigung der in § 1 genannten Personen, oder nach dem er verpflichtet ist, die Verfügung Dritter über das Baugeld zuzulassen. In der Art des Zustandekommens und des Vorbehaltes gewisser Vorzugsrechte für den Baugeldempfänger liegt keine Verletzung des Gesetzes. Die aus dem Vertage hervorgehenden Berechtigungen können daher eine Entfremdung von Baugeld herbeiführen, müssen es aber nicht. Ist die Entstehung der Berechtigung aus wirtschaftlichen Gründen, wegen Vorliegens eines Bedürfnisses zu rechtfertigen, so wird auch eine Befolgung der Vorrechte des Baugeldempfängers keinen Verstoß gegen § 1 enthalten. Anders nur, wenn eine einseitige Befugnis, die ohne äquivalente Gegenleistung zu Gunsten des Baugeldgebers oder in der Absicht der Gesetzesumgehung geschaffen ist, von dem Baugeldempfänger bei Ausübung der Verwendung befolgt wird. In dem Festsetzen dieses Vorbehaltes allein wird jedoch eine Zuwiderhandlung gegen die negative Funktion der Verwendungspflicht ebensowenig liegen, wie in der gleichzeitigen oder nachträglichen Übernahme der Verpflichtung zu einer Befriedigung von baufremden Personen aus dem Baugeld. Erst die Erfüllung würde eine Gesetzverletzung sein. Liegt ein rechtlich begründeter Anspruch gegen den Baugeldempfänger vor, so ist auch ohne eine Übernahme der Verpflichtung, diese Schuld aus dem Baugeld zu tilgen, eine Zwangsvollstreckung in das Baugeld möglich, wodurch die tatsächliche Entfremdung von Baugeld herbeigeführt würde. (a. M. Hagelberg 68).

Der Inhalt dieses Teiles der Verpflichtung besteht zunächst darin, bereit zu sein, die Baugelder in Empfang zu nehmen. Er darf sich nicht ihrer Auszahlung widersetzen, wenn ihm nicht rechtliche Gründe zur Seite stehen. Er darf des weiteren nicht Verfügungen über das Baugeld durch Auszahlung, Abtretung, Verpfändung zu Gunsten baufremder Personen treffen. Insofern eine Abtretung des Baugeldanspruches zur Befriedigung von Baugläubigern, soweit deren Berechtigung aus der Bauherstellung reicht, erfolgt, liegt darin eine gültige Verwendung des Baugeldes, die der gesetzlichen Verpflichtung nicht entgegensteht. Auch in einer fiduziarischen Zession zwischen dem abtretenden Empfänger und dem Zessionar (Treuhänder) liegt kein Verstoß gegen § 1, wenn der Zessionar verpflichtet wird, die Forderung beizutreiben und die Valuta an die Baugläubiger ordnungsgemäß auszukehren, sofern nicht der Empfänger bei der Auswahl seiner Vertrauensperson schuldhaft gehandelt hat. Eine Abtretung an Baufremde jedoch stellt eine Verfügung dar, die eine vorsätzliche oder fahrlässige Verletzung der Verwendungspflicht bilden kann, wenn nicht zugleich die Abtretung den Untergang der Baugeldempfängerstellung bewirkt. Die Abtretung des reinen Aktivanspruches ist daher stets ein Verstoß gegen § 1, da mit der Vollendung des Zessionsaktes der Anspruch zum Vermögen des Erwerbers gehört, auch wenn der Baugeldgeber auf Grund der Abtretung noch nicht

an den Dritten gezahlt hat. Eine Schadenhaftung oder Strafbarkeit des Baugeldempfängers kann jedoch nur bei Verschulden eintreten. Die im Verkehr erforderliche Sorgfalt wird der Baugeldempfänger dann außer acht gelassen haben, wenn er eine Abtretung des Baugeldanspruches vorgenommen hat, obwohl eine Befriedigung sämtlicher Baugläubiger noch nicht erfolgt war, und er ohne ausreichende Prüfung seiner Vermögenslage im Besitze ausreichender Mittel zur Tilgung der vom Gesetz begünstigten Bauschulden zu sein glaubte. In der mangelnden Übersicht über seine Vermögenslage und der Unterlassung der erforderlichen Prüfung, soweit sie bei einer ordentlichen Geschäftsführung möglich war, ist ein fahrlässiges Verhalten zu sehen, das zu einer Verletzung des § 1 geführt hat.

II. Wird eine Pfändung des Baugeldanspruchs von denjenigen Personen, zu deren Befriedigung das Baugeld verwandt werden soll, vorgenommen, so kann in einer Zahlung an den Pfändungsgläubiger kein Widerspruch gegen die gesetzliche Verpflichtung liegen. Jedoch ist fraglich, ob der Baugeldempfänger bei Fälligkeit von Bauforderungen es zu einer zwangsweisen Befriedigung kommen lassen darf. Das wird davon abhängen, ob der Baugeldempfänger auf die Fälligkeit der Bauforderungen derart Rücksicht zu nehmen hat, daß eine Befriedigung der fälligen Forderungen erfolgen muß. Dann würde es sich um einen Bestandteil der positiven Funktion der Verwendungspflicht handeln. Das Gesetz verlangt zwar eine Leistung auf Grund eines Werk-, Dienst- oder Lieferungsvertrages, sieht aber im übrigen von vertraglichen Pflichten zwischen dem Baugläubiger und Baugeldempfänger ab. Es kennt einen Leistungsverzug des Baugeldempfängers nicht. Da es sich um keinen vertraglichen Erfüllungsanspruch des Baugläubigers handelt, kann weder der Baugeldempfänger in Verzug gesetzt werden, noch ein Annahmeverzug des Baugläubigers die gesetzliche Verwendungspflicht aufheben. Auch wenn der Baugeldempfänger der vertragliche Schuldner ist, stellt ein Verzug eine Verletzung der gesetzlichen Pflicht nicht dar. Das wird auch daraus zu folgern sein, daß das Gesetz nicht eine gleichmäßige Befriedigung der Baugläubiger verlangt, (vgl. Mügel 15, Hagelberg 66, Schneider 43) sondern eine Verwendung des Baugeldes an die Baugläubiger schlechthin. Der Baugeldempfänger ist somit nicht verpflichtet, die Forderungen der bei Beginn des Baues beteiligten Handwerker zu tilgen, er kann vielmehr das Baugeld zur Befriedigung der Ausbauhandwerker zurückhalten. Es steht daher an sich im Belieben des Baugeldempfängers, sich die Personen auszuwählen, deren Forderungen er befriedigen will. Auch kann er die einzelnen Forderungen nur teilweise berücksichtigen. Da der rechtliche Grund der Verwendungspflicht die Beteiligung an der Herstellung des Baues bildet, kann auch nur dieser Umstand von Einfluß auf die Verpflichtung sein, nicht die Fälligkeit der vertraglichen Forderung. Es hätte zu einer bestimmten Reihenfolge für die Befriedigung der Baugläubiger, die sich nach der Beteiligung an dem Bau, nach dem Zeitpunkt des Hinzufügens der Werterhöhung, nach der Fälligkeit ihres Vertragsanspruches richten könnte, einer ausdrücklichen gesetzlichen Regelung bedurft (vgl. K. B. 20, 56). Das Gesetz hat mit

Recht zur Vermeidung der Begünstigung der größeren Bauhandwerker, die zuerst an der Errichtung des Baues tätig sind, eine bestimmte Reihenfolge nicht angeordnet. Der Baugeldempfänger erscheint daher weder an den Zeitpunkt der Werterhöhung des Grundstücks, noch an den der Fälligkeit der vertraglichen Forderungen der Baugläubiger gebunden zu sein. Nur bei Geltung des 2. Abschnittes des Gesetzes kann eine anteilsmäßige Befriedigung der noch ausstehenden Bauforderungen durch Verteilung des hinterlegten fünften Teiles der Baugelder herbeigeführt werden (vgl. § 34 und § 48). Dennoch werden aus den Voraussetzungen für die Bestimmung des Umfanges der Verwendungspflicht hinsichtlich der Personen, zu deren Gunsten sie besteht, einzelne allgemeine Erwägungen Verwertung finden müssen, die das uneingeschränkte Verfügungsrecht einengen. Zwar wird es dem Baugeldempfänger freistehen, trotz Bewilligung einer Stundung durch den Baugläubiger, ihm nach Bewirkung der Leistung vor Fälligkeit seiner Forderung, Befriedigung aus dem Baugeld zu geben. (vgl. Schneider 43). Das wird dann vom Standpunkt der gewissenhaften Verwendung des Baugeldes jedoch nur gutzuheißen sein, wenn eine ordnungsmäßige Geschäftsführung eine längere Zurückbehaltung und Verwahrung des Baugeldes nicht empfiehlt. Allgemein kann aber, auch bei wirklich bestehenden obligatorischen Ansprüchen, eine Befriedigung vor Fälligkeit nicht gutgeheißen werden (a. M. Hagelberg 65). Denn bei mangelhafter oder unbrauchbarer Leistung kann die Berechtigung des Baugläubigers rechtlich als niemals bestehend angesehen werden, so daß eine schon erfolgte Zahlung unberechtigt und nur durch die Voreiligkeit des Baugeldempfängers erfolgt ist. Die Verwendungspflicht besteht nur bei Beteiligung auf Grund eines rechtlich begründeten Anspruchs, dessen Bestehen vor Bewirkung und Prüfung der Leistung noch zweifelhaft ist. Ein Versprechen der Vorleistung von seiten des Gegenkontrahenten eines Baugläubigers wird der Baugeldempfänger daher auch nicht berücksichtigen dürfen, da in dem Abschluß von obligatorischen Beziehungen keine Beteiligung an der Herstellung des Baues zu sehen ist, und eine Beteiligung die Verwendung oder Ablieferung der Gegenleistung voraussetzt (vgl. übereinstimmend Hagelberg 64).

Andererseits wird nicht in der Veranlassung zu einem zwangsweisen Eingriff von Pfändungsgläubigern auf Grund ihrer obligatorischen Berechtigung, soweit sie zu den im Gesetz beachteten Personen gehören, in jedem Falle eine Verletzung der positiven Verpflichtung des Baugeldempfängers zur Verwendung der Baugelder vorliegen. Gegenüber dem freien Verfügungsrecht des Baugeldempfängers bleibt bei der meist persönlichen Mittellosigkeit ihrer Gegenkontrahenten und der häufig beschränkten Bausumme, die zur Befriedigung sämtlicher Baugläubiger fast nie ausreicht, oft eine Pfändung für die Gläubiger das einzige Mittel, um durch Auszahlung von seiten des Baugeldgebers zu ihrem Gelde zu kommen oder den Baugeldempfänger dadurch zur Zahlung zu veranlassen. Dennoch wird es sich fragen, in welchem Zeitpunkt eine freiwillige Zahlung durch den Baugeldempfänger geboten ist, damit nicht in der Zahlungs-

aufschiebung eine Verletzung der positiven Verwendungspflicht zu sehen ist. Denn diese Verpflichtung hat zwar in der Befriedigung sämtlicher Gläubiger oder dem Verbrauch des Baugeldes ihre natürliche Grenze; aber diese darf nicht von dem Baugeldempfänger beliebig ausgedehnt und ins Uferlose verlängert werden, zumal eine Überführung des Baugeldempfängers immer schwieriger wird und durch Pfändung des gesamten Baugeldanspruchs und Auferlegung des Einziehungsverbots die gesetzliche Verpflichtung zwecklos gemacht würde.

Das Gesetz sagt über den Zeitpunkt der Verwendung nichts. Es kann jedoch nicht das Hauptgewicht, wie Hagelberg (57, 58) annimmt, darauf gelegt werden, ob noch in Höhe von unverwendetem Baugeld nicht fällige Ansprüche vorhanden oder zu erwarten sind, so daß bei Beendigung des Baues eine Zurücklegung des Baugeldes nur in Höhe der dann noch nicht fälligen Bauforderungen freisteht, darüber hinaus aber eine Zurückbehaltung eine Zuwiderhandlung gegen § 1 darstellt. Es wird für den Baugeldempfänger, namentlich wenn er nicht der Unternehmer oder Leiter des Baues ist, oft unmöglich sein, nachzuprüfen, wieviele Bauforderungen noch entstehen werden. Andererseits wird die Verpflichtung des Empfängers unnütz verlängert, und der Nachweis, daß er gewußt habe oder hätte wissen müssen, es werden nur noch diese oder jene Forderungen entstehen, meist nicht zu führen sein. Doch kann nicht von dem Baugeldempfänger verlangt werden, das Baugeld sofort zur Tilgung fälliger Bauforderungen zu verwenden (vgl. jedoch Mügel 15). Vielmehr wird es darauf ankommen, ob dem Baugeldempfänger genügend Zeit gelassen ist, um eine ordnungsgemäße Prüfung der Bauforderungen vorzunehmen. Zwar handelt es sich um eine gesetzliche Verpflichtung, auf die die Grundsätze des bürgerlichen Rechts von Treu und Glauben unmittelbar keine Anwendung finden. Auch wird es auf die Auslegung des Vertrags nicht ankommen, da das Gesetz auf den näheren Inhalt der Verträge kein Gewicht legt und die privatrechtlichen Verhältnisse im einzelnen außer acht lassen muß. Ob besondere Zahlungsbedingungen vertraglich festgelegt sind, kann die gesetzliche Verwendungspflicht nicht beeinflussen (vgl. RG. Recht 1909, Nr. 1761, Vertragsauslegung entscheidet). Es darf andererseits aber auch dem Baugeldempfänger bei seiner verantwortungsvollen Stellung nicht eine sofortige Zahlung nach Fertigstellung der Arbeit zugemutet werden. Doch würde die gänzlich freie und zeitlich unbeschränkte Bestimmung über die Verwendung der Baugelder eine Bevorzugung einzelner Gläubiger und eine höchst ungleiche Verteilung der Baugelder begünstigen und eine nutzlose Verlängerung der Baugeldverwendungspflicht herbeiführen. Hat der Baugläubiger auf Grund seiner Belege und Rechnungen das Bestehen und den Umfang seiner angemessenen Forderung dem Baugeldempfänger einwandfrei dargetan und dieser die ihm erforderlich erscheinenden Ermittlungen erhoben oder die Zeit hierfür nutzlos verstreichen lassen, so wird eine trotzdem erfolgende Nichtzahlung von Baugeld als eine Zuwiderhandlung gegen die positive Verwendungspflicht aufzufassen sein und bei

Nachweis eines Verschuldens zu seiner Haftung führen. Die Beendigung des Baues muß unter Berücksichtigung der Prüfungszeit den Zeitpunkt für den endgültigen Abschluß der Verteilung des Baugeldes durch Auszahlung oder Hinterlegung bilden und so das Ende der Baugeldempfänger-Verpflichtung bewirken. Diese Auslegung wird für die Praxis am zweckmäßigsten sein und dem Zweck des Gesetzes am besten gerecht werden.

Bestreitet der Baugeldempfänger die rechtliche Befugnis des Pfändungsgläubigers ihrem Grunde oder Umfange nach, so hat der Empfänger beim Vorhandensein anderer Baugläubiger, deren Befriedigung sonst in Frage gestellt würde, nicht nur das Recht, sondern auch die Pflicht, das Pfändungsrecht des Baugläubigers und die Auszahlung von Geldbeträgen an diesen im Prozeßwege zu bestreiten. Zwar ist der Geldgeber gegenüber dem Baugeldempfänger zur Einbehaltung des Baugeldes nicht verpflichtet, auch wenn es sich um Gläubiger handelt, die am Bau nicht beteiligt sind; denn die Überweisung zur Einziehung ersetzt die förmlichen Erklärungen des Schuldners, von welchen nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts die Berechtigung zur Einziehung der Forderung abhängig ist (§ 836 Absatz 1 ZPO. vgl. übereinstimmend Abraham, Holdheims M. Schr. 1905, 276; Hagelberg 52, 53; a. M. Breit, JW. 1909, 353, 405). Doch kann der Baugeldempfänger — und er ist beim Nichtbestehen der Berechtigung des Pfandgläubigers dazu verpflichtet — trotz der Überweisung gegen den Dritten, seinen Schuldner, unter den Voraussetzungen des § 256 ZPO. auf Feststellung, sowie auf Zahlung zur Hinterlegungsstelle (vgl. § 1281 BGB.) zu Gunsten des Pfändungsgläubigers klagen (vgl. RG. 17, 291; Gruchot Beitr. 49, 1065; JW. 1901, 854, 12).

Läßt er die Zahlung auf Grund der Pfändung unbestritten geschehen, so handelt er der gesetzlichen Verpflichtung entgegen, die nur eine Verwendung zu Gunsten der nach § 1 Abs. 1 berechtigten Personen zuläßt, deren Berechtigung er zu prüfen hat. Diese Prüfungspflicht ist ein Bestandteil der positiven Verwendungspflicht des Baugeldempfängers überhaupt. Er muß sich nicht nur über die tatsächlich erfolgte Gegenleistung, sondern auch über den rechtlichen Bestand der Forderung der Baugläubiger vergewissern. Beobachtet er hierbei die im Verkehr erforderliche Sorgfalt, so wird ihm ein Irrtum über die rechtlichen Voraussetzungen der zu tilgenden Ansprüche nicht zuzurechnen sein. Ist der Anspruch des Baugläubigers nur zum Schein aufgestellt oder offensichtlich unangemessen, oder erscheint er wegen Betruges, Irrtums oder Wuchers ganz oder teilweise als anfechtbar oder rechtsunwirksam, so stellt eine trotzdem erfolgte Tilgung, objektiv ohne weiteres einen Verstoß gegen § 1 dar; haftbar wird der Baugeldempfänger jedoch nur bei Vorliegen eines Verschuldens werden. Die Vereinbarung zwischen dem Baugläubiger und seinem Vertragsgegner wird für den Baugeldempfänger, auch wenn sie ernstlich erfolgt und rechtswirksam ist, nicht zu Grunde gelegt werden dürfen, wenn offenbar die übliche Vergütung in erheblichem Maße überschritten ist (vgl. § 21 Bauf. S. G.). Denn bei der Festsetzung der gesetzlichen Verwendungspflicht handelt es

sich, ebenso wie bei der dinglichen Sicherung der Bauforderungen, um den für den Erlaß des Gesetzes maßgebenden Grund, den Baugläubigern wegen der Werterhöhung des Grundstücks Befriedigung aus dem Baugeld oder Sicherheit durch das Baugrundstück zukommen zu lassen (a. M. Hagelberg 65). Im allgemeinen jedoch wird der Baugeldempfänger ohne Verschulden annehmen können, daß die vertragliche Vergütung die angemessene Entschädigung darstellt. Auf Einreden, die die Erlangung der Befriedigung bei Geltendmachung durch den Kontrahenten aus gültig bestehenden Ansprüchen ausschließt, wie z. B. auf das Vorliegen der Verjährung, auf die Abweisung des klagenden Baugläubigers wegen Außerachtlassung der Einspruchsfrist gegen das Versäumnisurteil, braucht der Baugeldempfänger keine Rücksicht zu nehmen.

Eine Pfändung durch baufremde Personen bewirkt eine Unmöglichkeit der Verwendung der Baugelder für die Baugläubiger, sei es, daß die in dem Besitze des Baugeldempfängers befindlichen, aus dem Baugeldvertrage herrührenden Geldbeträge ihm entzogen werden oder eine Pfändung des Baugeldanspruchs erfolgt ist (vgl. § 829 ZPO.). Es ist daher objektiv ein Verstoß gegen die gesetzliche Verpflichtung des § 1 darin zu sehen. Dem Baugeldempfänger kann dieses Vorgehen seiner Gläubiger jedoch nur dann zugerechnet werden, wenn er es mit Willen herbeigeführt oder sonst verschuldet hat. Dann kann er auf Grund des § 1 in Verbindung mit § 823 Abs. 2 BGB. nicht nur zivilrechtlich schadensersatzpflichtig, sondern auch der Bestrafung nach § 5 unterworfen sein. Er hat z. B. nicht bestehende Schulden als bestehend anerkannt und das Baugeld auf diese Weise den Baugläubigern entzogen und beiseite geschafft. Oder er befriedigt die Pfändungsgläubiger absichtlich nicht, obwohl ihm ausreichende Mittel zu Gebote stehen. Allein in der Pfändung wegen Nichtbezahlung einer Schuld ist ein Verschulden des Baugeldempfängers nicht zu erblicken, wenn er nicht vor Eingehung des Baugeldvertrages die Pfändung voraussehen konnte, oder wenn er, um seinen Privatgläubigern eine Befriedigungsmöglichkeit zu verschaffen, den Baugeldvertrag abgeschlossen hat. In jedem Fall stellt die Pfändung keine Verletzung der Verwendungspflicht dar, wenn trotzdem eine tatsächliche Verwendung von Geldbeträgen in Höhe des durch die Pfändung entzogenen Baugeldes zu Gunsten der Baugläubiger erfolgt ist.

Einer Pfändung auf Betreiben eines baufremden Gläubigers ist eine Verpfändung des Baugeldanspruchs an solche Personen durch den Baugeldempfänger nur dann gleichzuachten, wenn die Aufhebung der Verpfändung ausgeschlossen ist, z. B. bei Aufgabe der Rücknahmebefugnis des hinterlegten Baugeldes.

Wird über das Vermögen des Baugeldempfängers der Konkurs eröffnet und vorhandenes Baugeld der Verfügung des Baugeldempfängers entzogen, ohne daß der Konkursverwalter die Baugeldeigenschaft anerkennt, noch in den Baugeldvertrag eintritt, so hat der Baugeldempfänger schuldhaft die gesetzliche Verpflichtung verletzt, wenn er wegen Überschuldung vor Eingehung des Baugeldvertrages oder Übernahme der Baugeldempfängerstellung seinen Vermögens-

verfall hätte voraussehen können. Liegen die Gründe für die Eröffnung des Konkurses nach diesem Zeitpunkt, so wird aus den wirtschaftlichen Verhältnissen auf ein schuldhaftes Verhalten von seiner Seite geschlossen werden können, wenn er sich auf gewagte Boden- und Bauspekulationen oder sonstige Spekulationsgeschäfte eingelassen hat, die seinen Vermögensverfall herbeigeführt haben. Das gleiche wird jedoch nicht gelten, wenn über das Baugrundstück des Baugeldempfängers die Zwangsversteigerung oder -verwaltung eingeleitet ist, da die Verfügung über vorhandene Baugeldraten dadurch dem Baugeldempfänger nicht entzogen wird.

Eine Form der Ausübung der Verwendungspflicht besteht auch in der Erteilung einer Anweisung auf Baugeld durch den Baugeldempfänger (vgl. Hagelberg 55, 56). Auch hierdurch kann das Baugeld seinem Zwecke entfremdet werden. Der Natur der Anweisung als einer bloßen Ermächtigung steht nicht entgegen, in der Erteilung von Anweisungen Verfügungen über den Baugeldanspruch zu erblicken, die dessen Zweckverwendung vereiteln können, zumal wenn der Geldgeber im Baugeldvertrag die Verpflichtung übernommen hat, Anweisungen zu honorieren. Wird die Anweisung einem Baugläubiger erteilt, bevor dessen Leistung erfolgt ist, so bedarf es eines Widerrufs (vgl. § 790 BGB.) durch den Baugeldempfänger, wenn die Leistung am Fälligkeitstage nicht bewirkt ist, damit der Geldgeber die Anweisung nicht annimmt und auszahlt. Allerdings wird dem Baugeldempfänger die Kondiktionsklage zustehen. Erhält er dadurch die gezahlte Geldsumme zurück, und verwendet er sie zu Gunsten der Baugläubiger, so kann ein Verstoß gegen § 1 ebenso wenig vorliegen, wie wenn er die der Zweckverwendung entzogene Summe ersetzt. Das Erteilen von Anweisungen kann absichtlich geschehen, um dritten Personen einen unberechtigten Vermögensvorteil zu verschaffen oder auf Fahrlässigkeit beruhen, die in dem Mangel der erforderlichen Umsicht und Prüfung der Berechtigung eines Baugläubigers oder überhaupt seiner eigenen Vermögenslage beruhen kann, sofern er erkennen mußte, daß ihm nicht die erforderlichen Geldmittel zum Ersatz für das anderweit verwendete Baugeld zu Gebote stehen.

III. Ob Dispositionen durch den Baugeldempfänger vorgenommen werden, die den Baugeldanspruch oder das vorhandene Baugeld betreffen, oder ob durch den Geldgeber die Zahlungen aus dem Baugeld wegen Eintretens von Umständen, die auf einem Verschulden des Baugeldempfängers beruhen, eingestellt werden, muß gleich bleiben. In jedem Fall hat das Verhalten des Baugeldempfängers die Verwendung des Baugeldes unmöglich gemacht. Es können jedoch aus dem Baugeldvertrage dem Geldgeber Befugnisse zustehen, die ihn berechtigen, beim Vorliegen gewisser Tatsachen, deren Entstehen von dem Willen des Baugeldempfängers unabhängig sind, die Zahlung von Baugeldern zu verweigern. Dann kann eine schuldhafte Verletzung der Verwendungspflicht durch den Baugeldempfänger nicht vorliegen. Allein in der Vereinbarung zu einem derartigen Leistungsverweigerungsrecht ist eine Verletzung der Verwendungspflicht nicht zu sehen, wohl aber

in der späteren, nach Entstehung der gesetzlichen Verwendungspflicht abgegebenen Einwilligung zu einer Befugnis, die dem Baugeldgeber Rechte gewährt, die eine Einschränkung der Verfügungsbefugnis des Baugeldempfängers oder die Möglichkeit der Entziehung von Baugeldern schaffen. Die Verwendungspflicht ist vom Gesetz dem Baugeldempfänger auferlegt. Das Entstehen der Verpflichtung ist vom Vorliegen einer vertraglichen Vereinbarung abhängig, durch die Geldbeträge zu der dem Gesetz entsprechenden Zweckbestimmung unter gewissen Voraussetzungen gewährt werden müssen. Die auf der Eigenschaft dieser Geldbeträge als „Baugeld" beruhende Baugeldempfängerstellung ist demnach von einem Vertrage abhängig. Hierauf beruht die Möglichkeit des Überganges der Baugeldempfängerstellung auf eine andere Person. Bei Berücksichtigung der vertraglichen Grundlage für den Begriff der Baugeldeigenschaft und der damit in Verbindung stehenden Stellung des Baugeldempfängers würde es an sich auch möglich erscheinen, durch Aufhebung oder Änderung des Baugeldvertrages die gesetzliche Verpflichtung in der verschiedensten Weise zu beeinflussen.

Es wird demnach die Frage von Wichtigkeit sein, ob die einmalige Verknüpfung der gesetzlichen Verpflichtung mit der Person des Baugeldempfängers von derartigem Einfluß ist, daß bei einer Übertragung der Baugeldempfängerstellung oder bei einer vertraglichen Änderung oder Aufhebung der Baugeldeigenschaft eine Haftbarkeit im zivil- und strafrechtlichen Sinne überhaupt und in welchem Umfange entstehen kann.

Das Gesetz will auf die persönliche Handlungsfreiheit der Baugeldempfänger eine Einwirkung ausüben. Eine Verletzung der gesetzlichen Verpflichtung wird daher nur durch eigene Handlungen oder Unterlassungen des Baugeldempfängers herbeigeführt werden können. Doch kann der Wille des Gesetzes nicht der sein, daß die aus der gesetzlichen Pflicht entspringenden Verrichtungen persönlich durch den Baugeldempfänger ausgeübt werden sollen und eine Übertragung der Ausübung einzelner Handlungen oder auch der gesamten Verpflichtung eine Gesetzesverletzung darstellt, wenn der Baugeldempfänger für die odnungsmäßige Vornahme der Verrichtungen in gewissem Umfange die Verantwortung behält. Da eine persönliche Tätigkeit des Baugeldempfängers auch nicht deshalb verlangt werden kann, weil es sich um die Ausübung höchst persönlicher Rechte und Pflichten handelt, die von der Person des Beauftragten und Verpflichteten überhaupt nicht löslich sind, wird weder in der Zuhilfenahme von Vertretern und Gehilfen zur Durchführung der Verwendung (vgl. Hagelberg 58), noch in der Übertragung der Baugeldempfängerstellung ein Verstoß gegen § 1 liegen, der zu einer Haftbarkeit gegenüber den Baugläubigern oder zu einer Bestrafung nach § 5 führen könnte.

Bei der Ausübung einer Tätigkeit durch eine willenfähige Person für und im Interesse einer anderen tritt eine zivilrechtliche Ersatzpflicht des Geschäftsherrn für den durch Delikte seiner Angestellten in Ausübung ihrer Verrichtungen verursachten Schaden nur insoweit ein, als den Geschäftsherrn selbst ein Verschulden

trifft (§ 831 BGB.). Der Baugeldempfänger wird (§ 1 Bauf. S. G. in Verb. mit §§ 823 Abs. 2, 831 BGB.) demnach nur verpflichtet sein, die zur Verrichtung einer Handlung bestellte Person oder denjenigen, dem der erste Baugeldempfänger durch Übertragung dieser Stellung die Ausübung der gesamten, der gesetzlichen Verwendungspflicht entsprechenden Verrichtungen überträgt, sorgfältig auszuwählen und zu beaufsichtigen. Nur bei Verletzung dieser Verpflichtungen wird der Baugeldempfänger für den Schaden haften, den die bestellte Person durch eine in Ausführung ihrer Verrichtungen begangene unerlaubte Handlung den Baugläubigern zufügt, vorausgesetzt, daß der Schaden ohne die Pflichtverletzung nicht entstanden sein würde. Diese Haftungsgrundsätze (vgl. im Ergebnis übereinstimmend Hagelberg 58, 40, 41) werden namentlich dann zu gelten haben, wenn hinter den ursprünglichen Baugeldempfänger ein anderer tritt, ohne daß der erste weiter als Baugeldempfänger im gesetzlichen Sinne zu gelten hat. Der zweite wird der gesetzlichen Verwendungspflicht in vollem Maße unterliegen und der erste nur für die Auswahl und Beaufsichtigung des zweiten einstehen. In der Weiterübertragung der einmal begründeten Verpflichtung allein liegt kein Verstoß gegen § 1. Es kann nicht in starrer Weise die Pflicht an seine Person geknüpft sein, zumal wenn sich herausstellt, daß er gänzlich zu einer sachgemäßen Ausübung der Verpflichtung unfähig ist (a. M. Hagelberg 42). Wird die Verwendungspflicht von dem zweiten Baugeldempfänger derart ausgeübt, daß dieser nach eigenem Ermessen die Verwendung des Baugeldes vorzunehmen befugt ist, wie er auf Grund seiner eigenen Sachkunde und Ermittlungen es für zweckmäßig erachtet, so daß er von dem Willen des ursprünglichen Baugeldempfängers unabhängig ist, so kann letzterem bei seiner Einflußlosigkeit auf die Handlungen des Subjekts der Verwendungspflicht keine Beaufsichtigungspflicht obliegen (vgl. Hagelberg 40). Er wird nur insoweit haften, als ihn ein Verschulden bei der Auswahl des zweiten Baugeldempfängers trifft. Sind mehrere Personen nebeneinander Baugeldempfänger für die gleiche Summe, so wird der einzelne zwar nur für seine eigenen Handlungen, durch die er die Verwendungspflicht übertritt, haften, kann aber beim Vorliegen eines unter ihnen bestehenden Gemeinschaftsverhältnisses, durch Unterlassung der erforderlichen Beaufsichtigung über die anderen Baugeldempfänger ersatzpflichtig werden. (vgl. § 830 BGB.)

Für die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Baugeldempfängers werden im Falle der Übertragung der Verrichtungen, die ihm als Baugeldempfänger obliegen, und die er entweder einzeln oder in ihrer Gesamtheit überträgt, die Grundsätze über die Teilnahme und Mittäterschaft eingreifen.

IV. Eine Beendigung der Baugeldempfängerstellung kann auch durch Änderung des Baugeldvertrages herbeigeführt werden (vgl. Hillig 31; Hagelberg 59). Diese kann durch Erlaß der Baugeldforderung oder Aufhebung des Baugeldvertrages und der an das Bestehen dieses Vertrages geknüpften Baugeldeigenschaft der Geldbeträge erfolgen oder durch Änderung der Zweckbestimmung der auf Grund des Vertrages gewährten Geldbeträge. Es fragt sich,

wann und ob in der willkürlichen vertraglichen Aufhebung der gesetzlichen Verpflichtung ein Verstoß gegen § 1 zu sehen ist. Daß eine Aufhebung des Vertrages durch den Baugeldempfänger deshalb erfolgt, weil sein Zustandekommen durch Irrtum, Betrug, Drohung, Zwang erfolgt ist, oder der Baugeldempfänger aus Gründen, welche eine Einziehung oder einen Verbrauch der Gelder wegen subjektiver oder objektiver Unmöglichkeit in der Person des Geldgebers, der Beschaffenheit des Baues usw. ausschließen, wird aus wirtschaftlichen und natürlichen Erwägungen nicht der gesetzlichen Verwendungspflicht widersprechen können und auch ein Verschulden auf Seiten des Baugeldempfängers nicht darstellen (vgl. Mügel S. 18. Hagelberg 42).

Der Inhalt der positiven Verwendungspflicht besteht in der Befriedigung von Baugläubigern in Höhe des vertraglich ihm zustehenden Baugeldes. Da diese Verwendung eine Einziehung der Baugelder voraussetzt, wird die Aufhebung des rechtlichen Anspruchs auf Baugelder durch Verzicht oder Vertrag einen Verstoß gegen die gesetzliche Verpflichtung bilden. Denn ob eine zweckwidrige oder überhaupt keine Verwendung des Baugeldes erfolgt, dürfte für die Baugläubiger das Gleiche bedeuten. Sind die Baugläubiger befriedigt, und steht dem Baugeldempfänger noch ein Anspruch auf ausstehendes Baugeld zu, so kann einer vertraglichen Zweckänderung die gesetzliche Verpflichtung nicht entgegenstehen. Ist im Baugeldvertrage ein Vorbehalt getroffen, der eine spätere Änderung des Vertrages vorsieht, so wird trotz Bestehens von Bauforderungen in der Vornahme der Zweckänderung durch den Baugeldgeber oder Baugeldempfänger auf Grund dieses Vorbehalts keine Gesetzverletzung vorliegen, sofern die Änderung auch wirtschaftlich gerechtfertigt ist. Stellt die Änderung jedoch lediglich eine einseitige Begünstigung des Baugeldempfängers dar, die eine Entfremdung des Baugeldes ermöglicht und nicht nur Zahlungsbedingungen, Bevorzugung einzelner Baugläubiger oder sonstige Änderungen zum Inhalt hat, die nur die Art der Verwendung in dem vom Gesetz zugelassenen Umfange beeinflussen, so liegt in dem Gebrauchmachen von diesem Vorbehalt eine Verletzung der gesetzlichen Verwendungspflicht, ebenso wie in der Einwilligung des Baugeldempfängers nach Abschluß des Baugeldvertrages zu einer Änderung desselben, wonach die Geldbeträge ihm ganz oder teilweise nicht oder nicht zur freien Verfügung zu Gunsten der Baugläubiger ausgezahlt werden sollen (vgl. Breit, JW. 1909 S. 352; Hagelberg 26, 42). In welcher Weise eine Zweckänderung getroffen werden kann, und wann eine solche wirklich getroffen ist, wird aus den für die Vereinbarung des Zwecks beim Abschluß des Baugeldvertrages maßgebenden Auslegungsregeln zu ersehen sein. Ob Baugelder bereits ausgezahlt sind und dann erst eine Zweckänderung erfolgt, wird nicht maßgebend sein. (a. M. Mügel S. 17.) Daß trotz Leistung des Vertragsgegenstandes eine vertragsmäßige Rückwirkung auf diesen vereinbart werden kann, wird nicht zweifelhaft erscheinen. Für die Verletzung der gesetzlichen Verpflichtung und eine zivilrechtliche Haftung des Empfängers wird es jedoch in jedem Fall darauf ankommen, ob ein tatsächlich anderweitiger Verbrauch der Baugelder erfolgt, und ob hierauf eine

Schädigung der Baugläubiger zurückzuführen ist. Eine Bestrafung des Baugeldempfängers nach § 5 wird von diesem Zusammenhang zwischen der Verletzung der Verpflichtung und der Benachteiligung von Baugläubigern nicht abhängen; es ist jedoch erforderlich, daß der Baugeldempfänger vorsätzlich zum Nachteile der Gläubiger den Vorschriften des § 1 zuwidergehandelt hat.

§ 12. Der Kreis der „Baugläubiger".

Die Verwendungspflicht besteht zu Gunsten derjenigen Personen, die an der Herstellung des Baues auf Grund eines Werk-, Dienst- oder Lieferungsvertrages beteiligt sind. Sie besteht nicht gegenüber dem Baugeldgeber, den Hypothekaren des Grundstücks oder sonstigen an der Herstellung des Baues beteiligten oder interessierten Personen (vgl. Breit, JW. 1909 350 f.) Damit ist gesagt, daß nur ein bestimmter Kreis von Personen, die bei der Herstellung eines Baues in Betracht kommen können, durch den Baugeldempfänger aus dem Baugeld befriedigt werden dürfen. Gehen die obligatorischen Rechte dieser Personen infolge vertraglicher oder gesetzlicher Rechtsnachfolge, durch Zession, Pfändung, Übernahme des Geschäftsbetriebes (§ 25 HGB.), Erbgang, Konkurseröffnung auf andere über, so besteht zu deren Gunsten die Baugeldverwendungspflicht. Denn das Gesetz bezweckt nicht einen höchstpersönlichen Schutz der am Bau beteiligten Personen, sondern eine Berücksichtigung der „Bauforderungen", vertraglicher Rechte, die ohne Voraussetzung bestimmter Eigenschaften in der Person des Berechtigten durch die Tatsache der Beteiligung an der Herstellung des Baues entstanden und ihrer Natur nach als Forderungsrechte übertragbar und vererblich sind (vgl. Hagelberg 64; Hillig 26).

Durch die Voraussetzungen, die das Gesetz für den Kreis der Personen aufstellt, die allein aus dem Baugeld befriedigt werden dürfen, wird unter den an einem Bau beschäftigten Personen eine Scheidung vorgenommen, die für den Umfang der Verwendungspflicht von Bedeutung ist. Eine Befriedigung der nicht vom Gesetz berücksichtigten Personen aus dem der gesetzlichen Verwendungspflicht unterliegenden Baugeld verstößt gegen die positive Verwendungspflicht und kann zum Schadensersatz und zur Bestrafung führen.

Die Gliederung der bei der Errichtung eines Baues in Tätigkeit tretenden Personen ist mannigfaltig. An der Spitze steht ein Bauherr, unter ihm die verschiedenen Bauhandwerksmeister, die ihrerseits wiederum Gehilfen und Arbeiter einstellen und beschäftigen. Die Verbindung zwischen dem Bauherrn und den Meistern bildet häufig in technischer Beziehung ein Architekt oder Bauleiter, Baumeister, Ingenieur genannt, die aber häufig sich auch für eigene Rechnung mit der Aufführung von Bauten befassen. Sie entwerfen Pläne und Kostenvorschläge und überwachen und leiten die Bauaufführung. Ihre Aufgaben werden oft von einem Handwerksmeister mit versehen. Diese einfache Gestaltung kann dadurch erweitert werden, daß ein Baugeschäft oder ein größerer Handwerksmeister, gewöhnlich der Maurer- oder Zimmermeister, als Hauptunternehmer die Aufführung

des ganzen Baues für eigene Rechnung durch Vertrag mit dem Bauherrn oder Grundstückseigentümer übernehmen. Die beiden Gewerbe des Bauunternehmers und Bauleiters können getrennt betrieben werden, häufig sind sie aber in einer Person vereinigt. Zugleich kann der Bauunternehmer gelernter Handwerksmeister sein. Soweit die Arbeiten und Lieferungen zur Herstellung des Baues nicht von ihm selbst besorgt werden, werden die erforderlichen Handwerksmeister von ihm herangezogen. Diese sind gleichfalls selbständige Unternehmer, die ihrerseits Gesellen und Arbeiter beschäftigen oder die Ausführung der Arbeiten wiederum anderen Unternehmern übertragen oder Materialien von Lieferanten zur Herstellung der Bauarbeiten einkaufen. Diese Personen, mit Ausnahme des Hauptunternehmers stehen mit dem Bauherrn oder Eigentümer nicht in einem unmittelbaren obligatorischen Rechtsverhältnis; der Hauptunternehmer kann auch zugleich Bauherr oder Eigentümer der Baustelle sein. Zu diesen Personen treten noch eine große Anzahl anderer, deren Tätigkeit oft in kaum erkennbarem Zusammenhang mit der Herstellung des Baues stehen. Ihre Tätigkeit dient meist zur Vorbereitung oder Unterstützung der unmittelbar an der Erbauung beteiligten Personen.

Die rechtlichen Kennzeichen für die an der Herstellung des Baues vorwiegend in Betracht kommenden Gruppen werden in Kürze folgende sein:

1.) Bauherr ist derjenige, für dessen Rechnung der Bau von ihm selbst oder durch andere ausgeführt wird; er verdingt entweder den Bau an einen Unternehmer oder nimmt die Dienste anderer unter eigener Leitung in Anspruch (vgl. RG. Bd. 45, 3 f.). Er ist der wirtschaftliche Unternehmer; er kann der Eigentümer des Grund und Bodens sein, auf welchem gebaut wird. Oder er kann der Baustellenkäufer sein, bevor ihm die Auflassung erteilt ist, oder der Ehemann der Eigentümerin (vgl. Verh. d. RT. Nr. 365, 34) der Nießbraucher, Mieter, Pächter des Grundstücks (vgl. Schneider 32; abweichend Hagelberg 146).

2.) Bauunternehmer sind diejenigen, die Bauten für eigene Rechnung ausführen, sei es, daß sie für andere in Akkord Bauausführungen übernehmen (sog. Akkord- oder Entreprisebau), oder Bauten ohne Bestellung zum Wiederverkauf herstellen. Im letzteren Falle nehmen sie die Stellung eines Bauherrn ein.

3.) Bauleiter (Baumeister, Architekt, Ingenieur nennen sich die Bauleiter je nach ihrer Vorbildung, bei Tiefbauten Ingenieure) befassen sich mit der Ausführung von Bauten für fremde Rechnung, in dem sie Pläne, Kostenvorschläge entwerfen und die Bauausführung leiten und überwachen. Unter dem Bauleiter steht der

4.) Bauführer, der ein Gehilfe des Bauleiters bei der Bauausführung ist. Ihm wird gewöhnlich ein einzelner Bau oder ein selbständiger Teil des Baues zur Ausführung nach Maßnahme der Bauzeichnungen, der Kostenanschläge und der Bauverträge mit den einzelnen Handwerkern überwiesen. Er hat dann alle auf den Bau bezüglichen Geschäfte unter Oberaufsicht des Bauleiters abzuwickeln und die Arbeiten der einzelnen Handwerker zu überwachen.

5.) Als Hauptunternehmer wird derjenige anzusehen sein, der auf Grund eines unmittelbar mit dem Eigentümer geschlossenen Bauvertrages einen selbständigen Teil des Baues oder den ganzen Bau als Entrepreneur herstellt.

6) Unternehmer ist, wer auf Grund eines mit einem Hauptunternehmer geschlossenen Vertrages für den Bau Arbeit leistet oder Material liefert.

7.) Baulieferant wird derjenige sein, der Rohstoff in mehr oder weniger bearbeiteter Form zum Gebrauch liefert oder zum Verbrauch mit der Bestimmung verkauft, daß er durch seine bauliche Verwendung zum Bestandteil des Baues werden soll. Von dem

8.) Handwerker unterscheidet sich der Lieferant dadurch, daß die mit der Lieferung verbundene Tätigkeit nicht in einer zur Erzeugung einer neuen Sache führenden Umformung des Lieferungsgegenstandes bestehen darf. Jedoch verträgt es sich mit dem Begriffe der Materiallieferung, wenn durch die Tätigkeit des Lieferanten der zu liefernde Gegenstand in eine seine Verwendung in den Bau erleichternde Form gebracht wird. Diese Bearbeitung des Gegenstandes darf jedoch nicht zu seiner Verarbeitung führen, eine Tätigkeit, wie sie der Handwerker ausführt [1]).

9.) Bauarbeiter ist derjenige, dessen Bauleistungen keine handwerksmäßige Geschicklichkeit erfordert und dessen Arbeitstätigkeit nicht darauf gerichtet ist, Rohstoff und Arbeit zur Schaffung des Baues oder eines in sich geschlossenen Teiles des Baues zu vereinigen. Dadurch würde der Bauarbeiter, ebenso wie der Lieferant zum handwerksmäßigen Unternehmer.

Das Gesetz stellt für die Berücksichtigung der an dem Bau beteiligten Personen verschiedene Voraussetzungen auf. Die für die Verwendung des Baugeldes in Frage kommenden Personen müssen:

I.) auf Grund eines Werk-, Dienst- oder Lieferungsvertrages

II.) an der Herstellnng des Baues

III.) beteiligt sein.

I a. Zunächst können unter den „Baugläubigern“ des § 1 diejenigen Personen, mit denen dieser Begriff jedoch nicht identisch ist, verstanden werden, die im 2. Abschnitt des Gesetzes als „Baugläubiger“ (§ 18) und als „Nachmänner“ (§ 19) bezeichnet sind. [2]) Die Unterscheidung dieser beiden Gattungen von Personen liegt darin, daß unter die ersteren diejenigen an der Herstellung des Baues auf Grund eines Werk-, Dienst- oder Lieferungsvertrages beteiligten Personen fallen, sofern sie einen derartigen Vertrag entweder mit dem Eigentümer der Baustelle oder mit einem Dritten für dessen Rechnung oder mit einem Bauherrn unter Zustimmung des Eigentümers abgeschlossen haben, während die Nachmänner nicht mit diesen Personen in derartige vertragliche Beziehungen

---

[1]) Im einzelnen gehören hierzu mannigfaltige Gewerbe: die Maurer, Zimmerer, Dachdecker, Bautischler, Bauschlosser, Steinmetzen, Ofensetzer, Installateure für Heizung, Wasser, Gas, Elektrizität, Blitzableitersetzer, Tüncher, Anstreicher, Lackierer, Dekorationsmaler, Gipser, Stuckateure, Tapezierer, Polierer usw.

[2]) vgl. Abraham 7; Stenglein § 1 Ziff. 5, S. 1017; Hagelberg 59 ff.; Hillig 26 ff.; Schneider 35 ff.; Stier-Somlo 37; Mügel 14 ff.

getreten sind, sondern mit einer Zwischenperson, die den Bau oder einzelne Teile des Baues selbständig als Unternehmer für eigene Rechnung ausführt. Daraus geht hervor, daß einer und derselben Leistung mehrere Verträge zu Grunde liegen können. Dennoch dürfen die für dieselbe Werterhöhung dadurch entstandenen Forderungsrechte nicht beliebig aus dem Baugeld erfüllt werden. Der Baugeldempfänger darf nur diejenige vereinbarte Vergütung für eine Leistung mehreren berechtigten Personen zukommen lassen, die dem Wert der Leistung unter Zurechnung des üblichen Unternehmergewinnes und der vertraglichen Nebenforderungen entspricht (vgl. Schneider 35). Die Höhe dieser zu berücksichtigenden Vergütung wird meist aus demjenigen Vertrag hervorgehen, der der umfassendere ist, oder der unmittelbar mit dem Bauherrn abgeschlossen wurde. So wird die dem Unternehmer eines Teiles des Baues gezahlte Vergütung auch den Ausschluß aller von diesem herangezogenen Personen für ihre Berücksichtigung durch den Verwendungspflichtigen bilden, auch wenn der Unternehmer nicht die Befriedigung dieser Personen bewirkt hat [1]). Werden z. B. die Tischlerarbeiten für ein Haus von einer Bautischlerei ausgeführt, die die Herstellung der Türen für den Bau dem Zimmermeister A, die der Fenster dem Zimmermeister B überträgt, die beide die Anbringung ihrer Arbeiten durch ihre Gesellen besorgen lassen, so können nicht Bautischlerei, Zimmermeister und Gesellen hintereinander für dieselbe Leistung durch den Baugeldempfänger befriedigt werden, sondern mit der Tilgung der Forderung der Bautischlerei scheiden die übrigen Personen aus. Nur dann, wenn die Tischlerei nur zum Teil ihre Forderung bezahlt erhalten, oder wenn sie keine der durch ihre Leistung bewirkten Werterhöhung entsprechende Vergütung vertraglich zu beanspruchen hat, indem sie auf Grund unrichtiger Kostenvoranschläge zu ihren Ungunsten die Arbeiten übernommen hat, so wird es dem Baugeldempfänger freistehen, in Höhe der Restforderung der Tischlerei oder des Wertes der Leistung die Mehrforderungen der Nachmänner zu begleichen. Eine Auffassung, die eine zweimalige Zahlung gutheißt, wenn nicht die erste Zahlung zur Befriedigung der anderen an der Leistung beteiligten Personen geführt hat, würde zu dem von praktischem und rechtlichem Standpunkt zu verwerfenden Ergebnis führen, daß für eine Leistung eine mehrfache, ihren Wert und die Werterhöhung des Grundstücks weit übersteigende Vergütung zum Schaden der übrigen, die Werterhöhung des Grundstücks schaffenden Gläubiger entrichtet werden würde, was keineswegs dem Willen des Gesetzes entsprechen kann. Die „Nachmänner“ können sich durch rechtzeitige Pfändung des Anspruchs ihres Vormanns sichern und dadurch dessen Befriedigung aus dem Baugeld vereiteln. Der durch die Pfändung bewirkte Arrest wird von dem Baugeldnehmer, auch wenn er nicht der persönliche Schuldner des Vormannes ist, infolge der ihm obliegenden

---

[1]) a. M. anscheinend Hagelberg, (59) der die Zahlung desselben Betrages an den Vormann und Nachmann gutheißt, wenn „die erste der beideren Zahlungen nicht zur Befriedigung des anderen der beiden geführt hat“ (?); vgl. Schneider 34.

Prüfungspflicht des rechtlich begründeten Bestandes der Bauforderungen beachtet werden müssen [1]).

Die Verwendungspflicht besteht hinsichtlich der vom Gesetz beachteten Personen, ohne daß vertragliche Beziehungen zwischen diesen und dem Baugeldempfänger zu bestehen brauchen. Der Baugeldempfänger wird daher oft fremde Gläubiger zu befriedigen haben. Wer der Auftraggeber der Baugläubiger ist, ist gleichgültig. Damit die Leistung jedoch auf einem rechtswirksamen Vertrage beruht, muß derjenige, der eine Person zur Beteiligung an den Bau herangezogen hat, dazu berechtigt gewesen sein. (a. M. Hillig 26). Ob der Empfänger einen Gegenanspruch gegen den eigentlichen Schuldner besitzt, hängt von einem zwischen diesem und dem Empfänger bestehenden Rechtsverhältnis ab [2]).

b) Für die Charakterisierung der vertraglichen Beziehungen, auf denen die Beteiligung am Bau beruhen muß, werden die Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches und des sonstigen Privatrechts heranzuziehen sein, soweit Vertragsarten, die unter die drei genannten Kategorien fallen, in Spezialgesetzen eine besondere Regelung erhalten haben und als Unterarten dieser Vertragstypen anzusehen sind. Eine strikte Beschränkung auf Verträge, die als Werk-, Dienst- oder Lieferungsverträge aufzufassen sind, unter Außerachtlassung ihrer Unterarten ist nicht der Wille des Gesetzes, das mit diesem Erfordernis drei große Gruppen von Baugläubigern umfassen und die die Werterhöhung des Grundstücks vorwiegend schaffenden Personen berücksichtigen wollte, ohne das ihrer Beteiligung zu Grunde liegende vertragliche Verhältnis nur in seiner vollendesten Eigenart als Erfordernis aufstellen zu wollen. Eine Scheidung der vom Gesetz genannten Vertragsformen untereinander ist bei ihrer gleichmäßigen Berücksichtigung nicht erforderlich, wohl aber muß eine Abgrenzung gegenüber anderen Verträgen vorgenommen werden; die auf anderen Vertragsverhältnissen erwachsenen Forderungen dürfen, obwohl die Leistung dieser Personen ebenso notwendig für die Herstellung des Baues gewesen sein mag, wie die Arbeit der vom Gesetz bevorzugten Personen, nicht aus dem Baugeld befriedigt werden.

1. Ein Werkvertrag liegt dann vor, wenn ein gegen Vergütung versprochener Arbeitserfolg ohne Inbetrachtziehung der hierzu erforderlichen Einzeldienstleistungen den Gegenstand des Vertrages bildet. Gleichgültig wird sein, ob das für den Bau herzustellende Arbeitsresultat ein körperliches ist oder nur in der Ortsveränderung eines Gegenstandes (Transport-, Frachtvertrag) oder in einem geistigen Erfolge besteht.[3])

Im einzelnen wird darunter der sog. Bauvertrag fallen, d. h. der Vertrag auf Herstellung des ganzen Bauwerks[4]) oder eines

[1]) vgl. ZPO. § 829, der nicht unmittelbar eingreift, wenn der Baugeldempfänger nicht Drittschuldner ist.

[2]) vgl. Mügel 14; Hagelberg 59; Hillig 26: Schneider 35.

[3]) vgl. Mot. z. BGB. III, 506; Oertmann Vorb. 1, b v. § 631; Lotmar Bd. 2 S. 823 ff.; Staudinger II, 3 v. § 631 S. 1074.

[4]) a. M. Hagelberg 63, 64, nach dem der Generalentrepriseverträg nicht hierher gehört.

selbständigen Teiles des Baues. Seinem Umfang nach kann der Bauvertrag verschieden sein. Führt der Bauherr selbst den Bau aus, handelt es sich um einen sog. Regiebau, so wird er verschiedene Einzelverträge mit den Bauhandwerkern abschließen, die als Bauverträge bezeichnet werden können. Hat der Bauherr als Besteller die Herstellung des Baues einem Hauptunternehmer übertragen (sog. Akkord- oder Entreprisebau), so werden ein Hauptbauvertrag und Unterbauverträge, die der Hauptunternehmer mit Teilunternehmern abschließt, vorliegen. Die Beziehungen zwischen Bauherrn und Unternehmer können mannigfaltiger Art sein, je nachdem es sich um Handwerker, Lieferanten, Bauarbeiter, sonstige Gewerbetreibende, Tagelöhner handelt. Ein Bauwerkvertrag wird meist dann vorliegen, wenn mit einem Meister ein Vertrag über Lieferung und Anbringung sämtlicher einschlägigen Arbeiten seines bestimmten Faches abgeschlossen worden ist, z. B. über die Übernahme der Schreiner-, Schlosser-, Maler-, Glaser-, Töpfer- oder Installationsarbeiten für einen bestimmten Neubau und deren Einfügung an Ort und Stelle.[1]) Verträge über die Lieferung elektrischer Ströme werden der Regel nach als Werkverträge zu gelten haben (a. M. Hagelberg 64). Die Lieferung der Energie als solche bildet nicht den Gegenstand des Vertrages, nicht die Kraft selbst, die weder Sache, noch Recht ist. Die Zentralstelle stellt vielmehr in den Leitungen und Apparaten des Abnehmers einen Bewegungszustand der Aeterteilchen zu entsprechender vertragsmäßiger Benutzung her. (vgl. Staudinger II Vorb. z. § 631 III Z. 10 und die das. ang. Lit.) Der Vertrag über die Lieferung von Wasser oder Gas zum Bau wird dagegen regelmäßig einen Kaufvertrag darstellen. (vgl. Bl. f. R. A. Bd. 63 S. 326). Die sog. Auskunfterteilung (gegen Entgelt, vgl. § 676 BGB.) fällt meist unter den Werkvertrag, da hierbei vorwiegend ein bestimmter, wenn auch immaterieller Erfolg den Gegenstand des Vertrages bildet.[2])

2) Nach dem Gesetz sind ferner diejenigen Personen zu berücksichtigen, die auf Grund eines Lieferungsvertrages an dem Bau sich beteiligt haben. Einen Lieferungsvertrag als besondere Vertragsart kennt das Bürgerliche Gesetzbuch nicht. Es handelt sich nicht um einen juristisch- technischen Begriff. Darunter wird ein Vertrag zu verstehen sein, durch den sich jemand verpflichtet, einem anderen eine bestimmte Sache zu einem bestimmten Preise zu verschaffen[3]). Lieferung von Kochherden, und zwar entweder zum

---

[1]) vgl. Warneyer Bd. 3 Nr. 5; Warneyer Erg. Bd. 1908 Nr. 42; RG., Recht 1907 Nr. 3798. Verträge über das Anbringen und Einfügen von Jalousien, Sächs. Arch. OLG. Bd. 10, S. 47; über Lieferung und Montierung von Maschinen, RG., JW. 1902, Beil. S. 219; über Tüncherarbeiten, OLG. Bd. 13. S. 426; Crome § 267 Anm. 19; über die Einrichtung einer das ganze Haus umfassenden und seinen Bedürfnissen entsprechenden Beleuchtungsanlage oder die Herstellung einer Dampfheizungsanlage, bay. Oberst. L. G. Bl. f. R. A. Bd. 68, S. 442; RG. Warneyer Bd. 3 Nr. 4; Seuff. Arch. Bd. 61, S 350.

[2]) vgl. Riezler. Werkvertrag S. 87 ff.; Jacoby, die Krediterkundigung. Berlin 1901; Warneyer Bd. 1 Nr. 3, K.G. E. v. 8. V. 1901.

[3]) vgl. Mot II, 319; Bl. f. R. A. Bd. 65 S. 516; RG. Bay. Z. f. R. Bd. 3 S. 172; RG., Recht 1907, Nr. 3472.

Verbrauch oder bloßen Gebrauch, die Ausdehnung auch auf die Lieferung von Material zum Gebrauch, wie z. B. von Gerüsten, Baubuden, Baubureaus, Rüstzeug, ist zwar in der Literatur allgemein nicht anerkannt (vgl. Hagelberg 64; a. M. jedoch Hillig 27), doch ... spricht dafür, daß es sich nicht um einen gesetzlich abgegrenzten Begriff handelt und nicht ersichtlich ist, weshalb nicht auch unter „Liefern" ein Liefern zu mietweiser Benutzung verstanden werden soll. Zudem wäre eine Unterscheidung von Kauf- und Lieferungsvertrag nur schwer zu finden. Für die erweiterte Ausdehnung des Begriffes für das Bauf. S. G. spricht noch, daß für Erhöhung des Mehrwertes des Grundstücks auch die mietweise Überlassung von Materialien beigetragen hat. Der Lieferungsvertrag wird rechtlich als Kauf (§ 433 BGB.) oder Tausch (§ 515 BGB.) beweglicher Sachen oder als Sachmiete (§ 535 BGB.) aufzufassen sein. Es werden daher die allgemeinen Grundsätze des Bürgerlichen Gesetzbuches über diese Vertragsarten auf den Lieferungsvertrag Anwendung finden. Zu beachten wird sein, daß aus dem Lieferungsvertrag die Beziehung zu einem bestimmten Bau ausdrücklich oder stillschweigend hervorgehen muß (vgl. weiter unten), was oft bei einem bloßen Kaufvertrag nicht der Fall sein wird. (a. M. Hagelberg 64).

Verwandt mit dem Lieferungsvertrage ist der sog. Werklieferungsvertrag, dem bald dieser, bald jener Vertragscharakter je nach dem Leistungsgegenstand zuzuweisen ist. Er bezeichnet einen Vertrag, durch den sich der eine Teil verpflichtet, gegen eine vereinbarte Vergütung aus einem von ihm zu beschaffenden Stoffe ein Werk herzustellen. Ist die herzustellende Sache eine vertretbare, so finden auf den Vertrag die Vorschriften über den Kauf und zwar ohne Einschränkung Anwendung. Eine Unterart des Werkvertrages bildet der Werklieferungsvertrag jedoch dann, wenn es sich um eine nicht vertretbare Sache handelt. Stellt der Vertrag ein Handelsgeschäft dar, und hat er die Herstellung einer beweglichen Sache zum Gegenstande, so gilt er rechtlich als Handelskauf, gleichviel ob es sich um eine vertretbare oder unvertretbare Sache handelt (§ 381 Abs. 2 HGB.). In allen Fällen werden die aus einem Werklieferungsvertrag Berechtigten zu den für die Verwendungspflicht in Betracht kommenden Personen gehören, wenn die bestimmte Beziehung zu dem Bau aus dem Vertrage ersichtlich ist.

3) Des weiteren sind die Personen zu berücksichtigen, die auf Grund eines Dienstvertrages sich am Bau beteiligt haben. Gegenstand eines Dienstvertrages ist die Arbeit als solche, ein bestimmtes Maß einzelner Dienstleistungen ohne Unterscheidung der verschiedenen Arten von Dienstleistungen. Eine Anzahl von Dienstverträgen, die für den Baugeldempfänger in Betracht kommen können, haben in besonderen Reichs- und Landesgesetzen ihre Regelung gefunden, so der kaufmännische Dienstvertrag, der Handlungsgehilfenvertrag im Handelsgesetzbuch (§§ 59 ff.), der gewerbliche Arbeitsvertrag in der Gewerbeordnung (Tit. VII §§ 105 ff.), der Gesindevertrag in den verschiedenen landesgesetzlichen Vorschriften. Bei Leistung von Fuhren kann Sachmiete oder Dienstvertrag vorliegen. Eine Sach-

miete wird dann anzunehmen sein, wenn ausschließlich Pferde, Geschirr und Wagen zum Gebrauch überlassen werden, Dienstvertrag aber, wenn auch menschliche Dienste neben den Sachen (Kutscher, Knechte) zu bestimmten Zwecken zugesagt werden. Für die Abgrenzung vom Frachtvertrage wird maßgebend sein, ob die Fuhren der Verfügung des anderen für eine bestimmte Zeit gegen entsprechende Vergütung zustehen. Im letzteren Falle liegt kein Frachtvertrag vor.[1]) Nach der Ansicht des Reichsgerichts stellt auch der Agenturvertrag eine Unterart des Dienstvertrages dar.[2])

4) Besondere, nicht unter die vom Gesetz verlangten Vertragsarten fallende Verträge sind die Mäklerverträge (vgl. über den Unterschied vom Werkvertrag OLG. Bd. 13, S. 392), der Verwahrungs- und Versicherungsvertrag. Die auf Grund solcher Verträge beim Bau beteiligten Personen dürfen vom Baugeldempfänger aus dem Baugeld ebensowenig befriedigt werden, wie er Zahlungen leisten darf für Miet-, Pacht-, Darlehnszinsen. Umfaßt der Vertrag die Besorgung von Arbeiten für mehrere Bauten, und ist dafür eine einheitliche Vergütung vereinbart, so muß eine verhältnismäßige Teilung der Vergütung erfolgen, die nur insoweit aus dem Baugeld, das nur für einen Bau gewährt wird, getilgt werden darf, als die Leistung diesem zugute gekommen ist (vgl. Hagelberg 65). Auch besteht keine Verwendungspflicht zur Befriedigung derjenigen Personen, deren Arbeitserzeugnis nur in Folge einer zufälligen Verwendung durch die den Bau ausführenden Handwerker oder Lieferanten in den Bau gelangt. Jedoch wird bei einer Genehmigung der Leistung, sofern diese nur auf Grund eines der vom Gesetz verlangten Vertragsarten auszuführen war, eine Befriedigung aus dem Baugeld statthaft sein. (vgl. Schneider 36.) Die negotiorum gestio steht den vom Gesetz genannten Vertragsarten nicht gleich. Der Geschäftsführer wird, auch wenn ihm ein Ersatzanspruch gemäß den §§ 683, 684 BGB. zusteht, von dem Baugeldempfänger nicht zu berücksichtigen sein, auch wenn er neben einem vertraglichen, insoweit vom Gesetz bevorzugten Anspruche besteht. Das gleiche wird zu gelten haben bei Wegfall des Vertragsgrundes, mag es sich auch um einen Werk-, Dienst- oder Lieferungsvertrag handeln. Ist der Vertragsanspruch, auf Grund dessen geleistet worden ist, infolge formeller oder materieller Mängel von Anfang an als nicht bestehend anzusehen, so wird ein Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung oder eine vertragsmäßige Entschädigungssumme, obwohl der Arbeitserfolg der gleiche bleibt und durch die Leistung eine Werterhöhung des Grundstücks herbeigeführt worden ist, aus dem Baugeld nicht getilgt werden. (vgl. Hagelberg 65, Scheider 30, 36.) Der Ausschluß dieser Personen ist zu folgern aus dem Fehlen der vom

[1]) vgl. OLG. Bd. 7, S. 471; Bd. 17, S. 395; Lotmar Bd. 1 S. 193, 197, 201. — Des weiteren vgl. RG. Bg. 63, S. 312; JW. 1906, S. 459; OLG. Bd. 12, S. 80; Bd. 13 S. 332 (Verträge mit Architekten und Maurermeistern; Bd. 17, S. 395. (Oberleitung eines Baues).

[2]) vgl. JW. 1908, S. 138; für d. frühere Recht RG. Bd. 31 S. 60; ferner OLG. Bd. 10, S. 237. S. 206; Bd. 19, S. 17, 300 (aber Breit, Holdheims M. Schr. 1905 S. 227.) Gegen die reichsgerichtliche Auffassung Lotmar Bd. 1 S. 291 f. . Nach Hagelberg 64 kein Dienstvertrag.

Gesetz verlangten vertraglichen Beziehung zu dem Bau, auf die die Bauforderungen zurückzuführen sein müssen. [1])

c) Von Wichtigkeit ist es auch, den Umfang der aus einem Werk-, Dienst- oder Lieferungsvertrag erwachsenen Forderung des Baugläubigers festzustellen. Der Baugeldempfänger muß nicht nur prüfen, ob die Forderung auf dem vom Gesetz verlangten Vertragsgrunde beruht, sondern auch in welcher Höhe sie begründet ist. Neben der Hauptforderung können auch Nebenforderungen in Betracht kommen. Der Begriff der Nebenforderung setzt voraus, daß die betreffende Forderung in einem Abhängigkeitsverhältnisse zu der Hauptforderung steht und nicht allein losgelöst von der Hauptforderung, sondern nur mit dieser geltend gemacht wird. (vgl. RG. 18, 373; 55, 82; JW. 1889, 167, Nr. 1; 1898, 3, Nr. 2; 353, Nr. 17; 1909, 691, Nr. 21; Warneyer 1909, 163). Derartige Nebenforderungen sind vertragsmäßige und gesetzliche Zinsen einer fälligen Vergütung oder Entschädigungsforderung, akzessorische Schadenersatzansprüche, wie Lagerkosten, Fracht, Zoll, Speditionskosten, Wagenmiete, ferner ein Anspruch auf Schadenersatz oder Zahlung einer Vertragsstrafe wegen verspäteter Erfüllung neben dem Anspruch auf Erfüllung, wegen verschuldeter Unmöglichkeit gemäß den §§ 324, 325 BGB., wegen Verzuges nach §§ 286, 326 BGB. oder Ersatzansprüche aus den §§ 618, 642, 649 BGB. In solchen Fällen, in denen der Vertrag die rechtliche Grundlage oder Folge für die Entstehung der Nebenforderungen bildet und die Nebenforderung oft zum Teil, wie der Anspruch auf Zinsen oder Vertragsstrafe, zum Inhalt des Schuldverhältnisses gehört (vgl. Prot. z. BGB. I, 422), wird eine Befriedigung der Nebenforderung aus dem Baugeld nicht abzuweisen sein. Dasselbe wird zu gelten haben von Schadenersatzansprüchen, die mit der Erfüllung des Vertrages, der Bewirkung der Leistung im Zusammenhange stehen, weil auch in diesen Fällen der Vertrag die rechtliche Grundlage des Anspruchs bildet. Anders jedoch bei Ersatzansprüchen, die auf einem anderen Rechtsgrund beruhen oder dadurch zur Entstehung gelangen, daß der Vertrag durch Anfechtungs- oder Rücktrittserklärung wegfällt. Hier beruhen Hauptforderung und Nebenforderung auf verschiedenen Rechtsgründen (vgl. JW. 1887, 111; 1898, 219, 3; 1909, 691, Nr. 21). So wird der Ersatzanspruch auf Grund der §§ 823, 831, 833, 836, sowie der §§ 122, 346 BGB. nicht mit Baugeld befriedigt werden dürfen (vgl. Mügel 15, Hagelberg 65, 66; Hillig 26, Schneider 35).

Das privatrechtliche Schuldverhältnis wird insofern berücksichtigt, als bestimmte Verträge und damit ein vertragliches Verhältnis zu dem Bau gefordert werden. Der in dem Vertrage ausdrücklich oder stillschweigend sich ergebende Hinweis auf einen bestimmten Bau wird zwar bei Leistungen, die der Herstellung des Baues unmittelbar dienen, leicht zu erkennen sein, nicht so aber bei denjenigen, die dem Bau nur unmittelbar zugute kommen. Doch wird das Erfordernis der vertraglichen Beziehung zu dem

---

[1]) Einen Ausweg in diesen Fällen gibt für die unzweifelhafte Härte S. 2 des § 1 Abs. 1.

Bau von größter Wichtigkeit sein, um nicht die Verwendungspflicht ins Grenzenlose auszudehnen und damit ihren Wert für die Baugläubiger zu verringern.

Die Bedeutung dieses Erfordernisses wird erst in augenscheinlicher Weise hervortreten, wenn die Voraussetzung der Verwendungspflicht: die Beteiligung an der Herstellung des Baues, in ihrer Tragweite erörtert worden ist.

II. Zur Herstellung des Baues gehört, daß eine anordnende Tätigkeit entfaltet wird, deren Ziel ist, aus verschiedenen unzusammenhängenden Elementen der Arbeit und des Materials als ein neues Ganzes den Bau zu schaffen. „Bauen" bedeutet demnach den Zweck der Handlung, während „Herstellen" die Beschaffenheit der Handlung bezeichnet, die bei der Errichtung eines Baues in einem „Zusammenfügen", einem „Ein-" oder „Anfügen" besteht. Unter „Zusammenfügen" versteht man die in einer Handlung in die Erscheinung tretende Betätigung des menschlichen Erfindungsgeistes, die überlegte Verbindung selbständiger einzelner Teile zu einem Ganzen. „Einfügen" setzt voraus, daß der einzufügende Gegenstand zwischen anderen Teilen, überhaupt in ein größeres Ganzes hineingebracht und zugleich in eine für ihn bestimmte Stelle eingepaßt wird, so daß eine Verbindung mit den ihn umschließenden Stücken hergestellt wird. (vgl. RG. Bd. 56, S. 289; Bd. 60, S. 422; OLG. Bd. 12, S. 6).

Vom rechtlichen Standpunkte bedeutet dieser tatsächliche Vorgang die Vereinigung von Gegenständen in der Weise, daß diese zu Bestandteilen des Baues oder Grundstücks werden[1]).

Diejenige vertragliche Tätigkeit, die diesen rechtlichen Erfolg herbeiführt, dient der Herstellung des Baues. Aus dem Begriff „Herstellung" ist zu entnehmen, daß nur eine derartige Tätigkeit berücksichtigt werden soll, deren Ergebnis das Schaffen von wesentlichen Bestandteilen im Sinne der §§ 93, 94 BGB. darstellt. Wegen der rechtlichen Schwierigkeit, die Eigenschaft eines Gegenstandes als wesentlichen oder unwesentlichen Bestandteil eines anderen zu bestimmen, wird die Ausscheidung von unwesentlichen Bestandteilen, neben der praktischen Möglichkeit durch Eigentumsvorbehalt an der Leistung sich zu sichern und sie dadurch von der Haftung für die Hypotheken des Grundstücks auszunehmen, auch gutzuheißen sein. Ebensowenig wird auch das Zubehör „als zur Herstellung des Gebäudes gehörend" anzusehen sein. Die Gründe für die Auffassung Hillig's (28) sind nicht überzeugend. Die Entstehungsgeschichte und der mit § 94 Abs. 2 BGB. übereinstimmende Wortlaut weisen vielmehr darauf hin, daß die Beteiligung an der Herstellung des Baues nur soweit berücksichtigt werden sollte, als die Leistung der Baugläubiger zu einem Bestandteil zu werden geeignet ist oder ihre Tätigkeit unmittelbar dem Grundstücke Bestandteile zufügt. Der rechtliche Grund, daß mit der Vereinigung das Eigen-

[1]) vgl. Drucks. d. RT. Nr. 365, S. 34; K. B. S. 54; Simon 21; Friedlaender 286; Kretschmar 625 ff.; Hagelberg 59; Abraham 17; Freytag Bem. 1 zu § 18; Schneider 32; Staudinger III § 1113, II, 2, a, ß S. 645; a. M. Hillig 28, 29, der unter „Herstellung" auch das Ein- und Anfügen von Zubehörstücken versteht.

tum an den Gegenständen infolge ihrer Bestandteilseigenschaft untergeht, nicht der wirtschaftliche Grund, daß der Lieferant bei einem Eigentumsvorbehalt den Zuschlag nicht erhält, war maßgebend für den Umfang der Berechtigten. Auch kann es nicht als unbillig bezeichnet werden, den Hersteller von Zubehör „lediglich auf den Weg der Selbsthilfe zu verweisen, während sich die sonst an der Herstellung des Baues Beteiligten eines noch dazu unverzichtbaren gesetzlichen Schutzes erfreuen". Denn auch die letzteren haben keinen Anspruch auf Befriedigung aus dem Baugelde durch das Gesetz erhalten, und der Schutz für den einzelnen ist dadurch unsicher, weil der Baugeldempfänger die Baubeteiligten, die er befriedigen will, sich auswählen kann.

Eine Materiallieferung begründet demnach dann eine Bauforderung, die für die Baugeldverwendungspflicht in Betracht kommt, wenn die zur Herstellung des Baues gelieferten Sachen durch Ein- und Anfügen zu Bestandteilen des Baues oder Grundstücks (a. M. Hillig 29, vgl. weiter unten) zu werden geeignet sind. Eine Arbeitsleistung, die derartige Sachen zur Herstellung des Baues unmittelbar zusammen- oder einfügt, begründet ebenfalls eine Bauforderung, die aus dem Baugeld zu befriedigen ist. Im Gegensatz hierzu stehen Arbeitsleistungen oder Materiallieferungen, die sich mit der Einfügung von Sachen beschäftigen oder die Lieferung solcher Sachen zum Gegenstande haben,

1. die nur zu einem vorübergehenden Zweck mit dem Bau oder dem Grund und Boden verbunden werden,
2. die als Zubehör des Baues oder Grundstücks anzusehen sind.

1. Das Bürgerliche Gesetzbuch verneint die Bestandteilseigenschaft für solche Sachen, die nur zu einem vorübergehenden Zwecke mit dem Boden verbunden oder mit dem Bau in Verbindung getreten sind. Allein jedoch wegen eines Eigentumsvorbehalts wird die Bestandteilseigenschaft Sachen, die in den Bau eingefügt sind, nicht abgesprochen werden können. Denn eine auf Teilung eines Rechtes abzielende Parteivereinbarung ist mit den zwingenden Vorschriften der §§ 93, 94 BGB., die Sonderrechte an den einzelnen Teilen eines Sachganzen ausschließen wollen, nicht zu vereinbaren, wenn trotzdem eine einheitliche Sache zur Entstehung gelangt und die Sache als wesentlicher Bestandteil der anderen anzusehen ist[1]). Wird eine Verbindung des ganzen Baues mit dem Boden oder einer einzelnen Sache mit dem Bau derart vorgenommen, daß dem Zwecke seiner Natur nach eine zeitliche Begrenzung innewohnt und bei Vornahme der Verbindung die spätere Aufhebung gewollt ist, so liegt eine Verbindung nur zu einem vorübergehenden Zweck vor. Wann dies im Einzelfall gegeben ist, wird nicht allein aus der subjektiven Absicht der Vertragsparteien festzustellen sein, vor allem auch unter objektiver Würdigung der gesamten tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse. (vgl. OLG. (KG.) Bd. 5, S. 767). Um

---

[1]) vgl. RG. Bd. 62, S. 410f.; Bd. 63, S. 417 ff. Staudinger I § 93 Z. 6, a, § 95 Z. 3.

eine kurze Zeitspanne braucht es sich jedoch nicht zu handeln, das Ende des vorübergehenden Zwecks kann erst nach Jahren oder Jahrzehnten eintreten (vgl. RG. Bd. 61 S. 188, Bd. 63 S. 421). Auch wenn die Verbindung eine feste ist, wie bei einer steinernen Bauhütte (vgl. Recht 1901 S. 408), einem Maschinenhausanbau (vgl. RG. Bd. 55, S. 281), kann das Verhältnis des § 95 BGB. vorliegen. Hat der Erbauer Sachen, Gasuhren, Wassermesser gemietet, so werden oft auch diese einem vorübergehenden Zweck dienen. Zu beachten wird § 95 BGB. auch sein, wenn zugleich bei der Herstellung des Baues für einzelne Mieter Gewerbeabzeichen, Barbierschüssel, Wirtshausschilder, Firmentafeln, Wappen der Hoflieferanten, Plakate usw. geliefert und angebracht werden. Für derartige Lieferungen wird die gesetzliche Verwendungspflicht nicht bestehen.

2. Des weiteren gehören auch diejenigen Personen nicht zu dem Kreis der Baugläubiger, für den die Baugeldverwendungspflicht gegeben ist, deren Tätigkeit die Herstellung oder Lieferung von beweglichem Zubehör oder die Verbindung von Zubehör mit dem Bau zum Gegenstand haben.

Für die Unterscheidung von Gegenständen, die als Bestandteile oder Zubehör einer Sache anzusehen sind, wird grundlegend sein, daß Zubehör zwar mit Rücksicht auf seine wirtschaftliche Bedeutung als Hilfssache erscheint, dennoch aber als eine Sache oder auch als eine Mehrheit von Sachen von selbständiger Existenz. Dagegen wird das Hauptgewicht bei der Beurteilung von Sachen als Bestandteile einer anderen darauf zu legen sein, ob die Verbindung der beiden Sachen in der Weise erfolgt ist, daß aus beiden ein einheitliches, in die es bildenden Teile nicht zerlegbares Ganzes geschaffen ist. Zu Bestandteilen des Baues zu werden, sind daher diejenigen körperlichen Gegenstände geeignet, die durch Verbindung miteinander ihre Selbständigkeit derart verlieren, daß sie fortan, so lange die Verbindung dauert, als ein Ganzes, als eine einheitliche Sache erscheinen, wogegen Zubehörstücke ihre Selbständigkeit als bewegliche Sachen bewahren und nur in einem ihrer Bestimmung entsprechenden, räumlichen Verhältnisse zu der „Hauptsache“ stehen (vgl. RG. Bd. 63, S. 173, 416). Nicht notwendig ist für die Bestandteilseigenschaft, daß der Gegenstand in dem Körper des Baues völlig aufgenommen ist, vielmehr kann unter Umständen auch eine lose Verbindung genügen, wenn der Verkehr alles zusammen nur als eine Sache auffaßt (vgl. RG. Bd. 67, S. 30; Bd. 69, S. 117; JW. 1908, S. 2). Wenn daher Gegenstände zufolge der Vereinigung mit einem zum Gewerbebetriebe bestimmten Gebäude nicht mehr selbständige Einzelkörper sind, sondern nur als Sachteile des Baues gelten und nach der Verkehrsauffassung nur eine Sache, „und zwar in Gestalt des für den betreffenden gewerblichen Betrieb dauernd eingerichteten Gebäudes“, gegeben ist, so bilden die Gegenstände wesentliche Bestandteile des Baues. Allerdings genügt nicht, daß die Einheit des Ganzen nur eine wirtschaftliche ist, vielmehr ist Sacheinheit zu erfordern (vgl. RG., JW. 10, S. 182).

Diese von dem Reichsgericht vertretene Auffassung ist vor allem für die Begründung der Bestandteilseigenschaft von Maschinen,

die mit einem Gebäude in Verbindung getreten sind, zu Grunde zu legen. Wichtig ist diese Frage auch für die Baugeldverwendungspflicht, weil der Wert der Maschinen meist ein sehr großer ist, unter Umständen sogar ein viel größerer, als der des vielleicht nur zu ihrem Schutze gegen Witterungseinflüsse bestimmten und keinem sonstigen Zweck dienenden Gebäudes. Wird in solchem Falle Baugeld für die Herstellung des Baues mit seiner gesamten technischen Anlage gegeben, so wird die Bestandteilseigenschaft der gelieferten Maschinen festzustellen sein [1]). Die Ansicht des Reichsgerichts wird jedoch auch ferner für die Beurteilung der Eigenschaft sonstiger zur Herstellung des Baues gelieferter Gegenstände maßgebend sein [2]).

Es werden daher alle Gegenstände „zur Herstellung des Gebäudes eingefügt" sein, die eingefügt werden, um den Zwecken gerade dieses Baues zu dienen. Notwendigkeit der eingefügten Sache für den Bau ist nicht erforderlich; doch muß die Absicht der Parteien feststehen, daß die Sache dem Zweck des Baues, nicht dem persönlichen Gebrauch einer Person dienen soll. Aus

[1]) Es kann die Frage auftauchen, welche Teile einer Maschinenanlage als Zubehör und welche als Bestandteile und damit als Bestandteile des Baues anzusehen sind. Ausschlaggebend wird die technische Notwendigkeit des Teiles für die ganze Maschinenanlage sein. Wird die Maschinenanlage erst durch Einfügung dieses Teiles für ihre Zwecke brauchbar, so ist er nicht mehr Zubehör, sondern Bestandteil, da er nicht nur dem wirtschaftlichen Zwecke der Anlage dient, sondern diesen erst mitbegründet und nicht getrennt werden kann, ohne daß die Anlage oder der Teil zerstört oder in ihrem Wesen verändert wird. So werden Antriebsräder, Schwungräder, Mühlsteine, Förderfässer einer Kohlenhebemaschine oder Sandzementbeförderungsanlage als Bestandteile der Maschine zu gelten haben. Diese Notwendigkeit der Bestandteile für die Zweckbestimmung setzt voraus, daß zu der Unentbehrlichkeit des Teiles für die Maschine eine körperliche, wenn auch noch so lose Vereinigung mit dieser treten muß. Daher wird man Gärungstonnen und Packfässer, die für ein Brauereigebäude besonders angefertigt, aber nicht mit den immobilen Teilen des Baues verbunden werden, unter den Begriff „Zubehör" fassen müssen. Es wird aber auch darauf ankommen, ob die Leistung eine einheitliche ist, auf einem einheitlichen Rechtsgrunde beruht. Der Schlosser wird wegen seiner Forderung aus der Herstellung der Schlösser (Bestandteil), nicht aber wegen der aus der Herstellung der dazu gehörigen Schlüssel (Zubehör) eine aus dem Baugeld zu befriedigende Bauforderung erwerben, wenn die Lieferungen auf Grund selbständiger Rechtsgeschäfte erfolgen (a. M. scheinbar Hillig 28).

[2]) Die frühere Rechtsprechung des Reichsgerichts (vgl. Bd. 50, S. 241; Bd. 62, S. 406) sah Maschinen, die zur Ausstattung eines zu einem bestimmten Fabrikbetrieb errichteten Gebäudes dienen und bei dessen Herstellung ihm eingefügt sind, als wesentliche Bestandteile an, wenn das Gebäude zu dem, was es sein und werden sollte, erst durch die Einfügung der Maschinen geworden ist. Schon diese Anschauung des Reichsgerichts hat heftigen Widerspruch erfahren (vgl. DJZ. 1904, S. 543 (Geiler) 1906 S. 45 (Lenel) Gutachten für den 29. D. J.T., Bd. 3, S. 1 (Lenel) S. 92 (Niedner). Mit dem Abhängenlassen der Bestandteilseigenschaft von der Verkehrsanschauung verliert die neue reichsgerichtliche Auffassung in den meisten Fällen ihre praktische Bedeutung. Denn von Verkehrsanschauungen kann nur insoweit gesprochen werden, als bei allen an dem betreffenden Zweige des Verkehrslebens beteiligten Kreisen sich einheitliche Anschauungen über die „Einheit der Sache" gebildet haben. Wenn nun die Auffassung von Maschinenlieferanten und Fabrikherrn nicht übereinstimmt, entfällt das Vorhandensein einer Verkehrsanschauung, welche der Baugeldempfänger für die Beurteilung von Lieferungen zu beachten hätte, und die für seine Bestrafung nach § 5 Bauf. S. G. ebenso festgestellt werden müßte. (vgl. RG. Bd. 69, S. 150 f.; ferner Gruchot Bd. 52, S. 913; RG. Rechtspr. 1908, 557, 614, 645; JW. 1908, 515, 517; 1909, 130, 159, 267, 483 ff.; DJZ. 1908, 1106; 1909, 82, 145).

der Verschiedenheit des Zweckes eines Baues ergibt sich auch, daß ein und dieselbe Sache in einem Falle Bestandteil des Baues sein kann, in dem anderen nicht (vgl. RG., J. W. 1900, S. 889). Doch kann man nicht gutheißen (vgl. Oertmann BGB. Bd. I § 94, Ziff. 4, a), daß nicht zur Herstellung des Gebäudes eingefügt ist, was nicht der Herstellung des Gebäudes selbst, sondern nur der Ermöglichung eines Betriebes in dem Bau dienen soll. Eine Scheidung zwischen Gebäudezweck und Betriebszweck wird in der Praxis kaum möglich sein. Denn viele Bauten, wie Theater, Krankenhäuser, Brauereien, Brennereien, Gasanstalten, Elektrizitätswerke, Badeanstalten, überhaupt Fabrikanlagen werden von vornherein auch in ihrer baulichen Anlage auf eine bestimmte dauernde Benutzungsart und einen bestimmten dauernden Betrieb eingerichtet. Die zu derartigen Bauten gelieferten Gegenstände dienen der „Herstellung des Gebäudes“ und die aus Lieferung und Einfügung solcher Sachen erwachsenen Forderungen können mit Baugeld getilgt werden.

Des weiteren dienen alle Arten von eigentlichem Baumaterial der Herstellung des Baues, die in erster Linie als „die zur Herstellung des Gebäudes eingefügten Sachen“ im Sinne des § 94 Abs. 2 BGB. bezeichnet werden können. Hierbei wird es einerlei sein, ob die Materialien fertige, zum Verkauf hergestellte oder auf Lager gehaltene Waren sind, oder ob sie mit Rücksicht auf den bestimmten Bau angefertigt oder nur bearbeitet oder zugerichtet worden sind. Für die Baugeldverwendungspflicht wird es ferner belanglos sein, ob Baumaterialien, die auf das zur Bebauung bestimmte Grundstück geschafft sind, Bestandteils- oder Zubehöreigenschaft zuzusprechen ist. Denn Baumaterialien bilden immer Bestandteile des Baues, wenn sie eingefügt sind, und ihre Eigenschaft, dadurch zu Bestandteilen des Baues zu werden, begründet schon infolge ihrer Lieferung Forderungen, die aus dem Baugeld befriedigt werden können. Als Zubehör werden jedoch zu gelten haben diejenigen Gegenstände, die als Ausstattungs- oder Einrichtungsstücke dem fertigen Bau einverleibt werden. Denn diese verlieren nicht ihre eigene Selbständigkeit, wenn sie auch Teil der Hauptsache werden, so bilden sie doch nicht Bestandteile der Hauptsache, da ihre Selbständigkeit als Sondersachen bestehen bleiben wird, sie lediglich dem wirtschaftlichen Zweck der Hauptsache dienen und zu ihr in einem dieser Bestimmung entsprechenden räumlichen Verhältnisse stehen werden. Belanglos ist, ob das Zubehörstück ohne Schaden für sich oder die Hauptsache von dieser getrennt werden kann, ebensowenig wie Unlöslichkeit der Einfügung für die Bestandteilseigenschaft einer Sache erforderlich ist. Doch wird die Verbindung nicht außer acht zu lassen sein. So können die in den Bau eingefügten Wandschränke, Geschirregale, Glastüren, Fahrstuhlanlagen, Kamingestelle, Kochherde, Anlagen zur Zentralheizung, Öfen, Statuen, Fahnenstangen, trotz ihrer Eigenschaft, der Ausstattung des Hauses zu dienen, infolge ihrer Verbindung ihre Selbständigkeit als Sondersache völlig einbüßen und mit dem Bau ein einheitliches, in die ihn bildenden Teile nicht zerlegbares Ganzes darstellen. Ob ihre Beseitigung nur unter Verletzung des Mauerwerks oder

der Täfelung möglich ist, kann diesen Gegenständen die Eigenschaft als Bestandteile des Baues dann nicht nehmen. Andererseits können aber auch diese Gegenstände unter Berücksichtigung ihres räumlichen Verhältnisses zum Bau und wirtschaftlicher und örtlicher Verhältnisse als Zubehör gelten. Uhren und Gaskronen werden, ebenso wie tragbare Öfen, entfernbare sonstige Heizungsanlagen, Ladentische als bewegliches Zubehör anzusehen sein. Eine einheitliche, für alle Fälle zutreffende Festsetzung der rechtlichen Eigenschaft von Gegenständen, die mit einem Bau in Verbindung treten, wird nicht aufzustellen sein, vielmehr werden im Einzelfall die besonderen Verhältnisse, die Art des Gegenstandes, seiner Verbindung mit dem Bau, der Zweck des Baues für die Beurteilung zu verwerten sein[1]).

Auch Lieferungen und Arbeiten für Baulichkeiten oder sonstige Anlagen, die zu dem Bau gehören und für seine Benutzung erforderlich sind, können für die Baugeldverwendungspflicht in Betracht kommen. Dabei wird es keinen Unterschied machen, ob die zu dem Bau gehörenden Anlagen nicht in ihrer gesamten Ausdehnung oder überhaupt nicht auf der Baustelle liegen. Dieser Umstand wird zu erwägen sein bei der Anlage einer sogenannten Kommünmauer oder eines gemeinschaftlichen Brandgiebels, d. h. einer nur zur Hälfte auf dem Baugrundstück stehenden Mauer (vgl. Hillig 29). Des weiteren auch bei den zum Straßenkanal führenden Abzugsröhren oder den Zuführungen für Gas, Elektrizität oder Wasser. Hierbei können sich die Leitungen innerhalb oder außerhalb der Wände des Baues befinden oder oberhalb oder unterhalb des Erdbodens liegen. Sie können ein oder 30 m lang sein und in einem Boden liegen, der nicht mehr zur Baustelle gehört. Eine Befriedigung aus dem Baugeld kann auch zu Gunsten der Personen vorgenommen werden, die zur Legung des Bürgersteiges oder der Pflasterung des Straßendammes Lieferungen oder Arbeiten geleistet haben, sofern die Leistungen im Zusammenhang mit der Herstellung des Baues erfolgen. Denn neben dem öffentlichen Interesse sind derartige Leistungen von besonderer Bedeutung für den Bau, weil dadurch erst die Bewohnbarkeit oder sonstige Benutzbarkeit des Baues ermöglicht wird. Daß der Bürgersteig oder Fahrdamm nicht auf der Baustelle liegen, auch keinen Teil des Baues als solchen bilden, kann nicht ausschließen, daß sowohl die Lieferung des Materials für den Bürgersteig oder Fahrdamm, wie die Arbeiten für ihre Anlage Bauforderungen, die aus dem Baugeld befriedigt werden können, begründen. Dasselbe wird zu gelten haben von der Einfügung von Gittern oder Glasplatten, die einen Teil des Bürgersteiges bilden oder zum Schutze oder zur Erhaltung von Kellerräumen außerhalb des Hauses angebracht sind. Des weiteren von der Pflasterung des Zuweges und Hofraumes, der Anlegung von Umfassungs-Mauern, -Zäunen oder -Gittern (vgl. Hagelberg 61), dem Auswerfen von Dunggruben, der Errichtung von Müllhäuschen,

[1]) In der Rechtsprechung sind als Bestandteile angesehen worden: vgl. Hagelberg 60, 61.

Bedürfnisanstalten, Waschstuben, Stallräumen und ähnlichen, nicht unmittelbar an den Bau angeschlossenen Baulichkeiten.

Als ein weiterer Umstand, der für die Baugeldverwendungspflicht unerheblich ist, ist der Ort anzusehen, wo die Arbeitsleistung verrichtet wird, deren Resultat der Herstellung des Baues dienen soll, wenn nur die Vereinbarung besteht, der zufolge die Arbeit fern von der Baustelle vorgenommen oder die Ablieferung von Materialien anderswo, als auf der Baustelle, erfolgen soll. Oft wird auch die Art der Bauleistung eine Vorbereitung erforderlich machen, die nicht auf der Baustelle erfolgen kann. Die Baugeldverwendungspflicht wird daher für Arbeiten und Lieferungen bestehen, die nicht auf dem Bauplatz ausgeführt werden. Die Innenausstattung eines Hauses wird in der Werkstatt eines Zimmermannes gesägt, gehobelt und geformt, die Türen und Fenster werden auf dem Zimmerplatze angefertigt oder das Eisenwerk wird in der Schmiede vorbereitet, alles fern von dem Grundstück. Ist dieses Material bestimmt und geeignet, durch Einfügung zu einem Bestandteil des Baues zu werden, so wird die Lieferung, ohne daß der Verfertiger es selbst einbaut, einen „Baugeldanspruch“ begründen. Derselbe gilt, wenn Bauholz zur weiteren Bearbeitung vertragsmäßig nicht auf den Bau, sondern in eine andere Zimmerwerkstatt geliefert wird, wo es gelagert wird oder einer weiteren Bearbeitung unterworfen werden soll. Zwischen Materialien, die auf oder nahe bei dem Bau zur Ablieferung gelangen und solchen, deren Lieferung fern von ihm erfolgt, wird kein Unterschied zu machen sein. Eine andere Ansicht, die Lieferung auf dem Bauplatz verlangt, würde nur den praktischen Erfolg haben, daß das Material auf die Baustelle gebracht würde, um alsbald wieder zur Bearbeitung oder Lagerung anderswohin geschafft zu werden, zumal oft die Baustellen in den Städten als Lager- oder Zubereitungsplatz überhaupt nicht gebraucht werden können.

In der Reichstagskommission und im Plenum des Reichstages (K. B. S. 53 Verh. d. R.T. 250 Sitz. S. 8252/53) beschäftigte man sich mit der Frage, ob auch die Bau- und Landschaftsgärtner den Schutz des Gesetzes genießen sollten. Zur Begründung der Ausdehnung des Schutzrechts auf die Gärtner wurde ausgeführt, daß die Arbeiten der Landschaftsgärtner auf Grund eines genehmigten Kostenvoranschlages nebst Zeichnung erfolgen und in dem Wert der Bausumme mitenthalten seien. Da die Gartenarbeiten zum Teil erst nach denen der Installateure und Maler fertig gemacht würden, und die Gärtner, wie die Handwerker die gelieferten und verarbeiteten Waren nicht mehr von dem Grundstück entfernen könnten, so müsse ihnen der gleiche Schutz des Gesetzes wie diesen zuerkannt werden. Ein in der 2. Lesung des Gesetzes gestellter Antrag auf Einbeziehung derjenigen Personen als Baugläubiger im Sinne des § 10 des Entwurfs, welche sich an der Herstellung der das Gebäude umgebenden Gartenanlage beteiligt haben, wurde abgelehnt. Aus der Fassung des Gesetzes kann jedoch nicht entnommen werden, daß die Bau- und Landschaftsgärtner nicht zu denjenigen Personen gehören sollen, die nicht aus dem Baugeld befriedigt werden können. Zunächst können sie sich an der Herstellung wesentlicher Bestandteile des Baues selbst

beteiligen, indem sie Dachgärten, Wintergärten, Terrassen oder andere „feste“ Bestandteile des Baues herstellen. Keineswegs kann allgemein der Satz aufrecht erhalten werden[1]), daß, wenn die gärtnerischen Anlagen, auch die das Gebäude umgebenden Anlagen, baupolizeilich vorgeschrieben sind, sie als Bestandteile des Gebäudes anzusehen, wenn aber die gärtnerischen Anlagen nicht vorgeschrieben, sondern nur baupolizeilich genehmigt sind, die Gärtner nicht als Baugläubiger im Sinne der §§ 1 und 18 Bauf. S. G. zu erachten sind. Hierin liegt eine Verkennung des Wesens der Bestandteilseigenschaft (vgl. Friedlaender, Bayr. Z. f. R.-A. 1909, 286; Hillig 30). Die Notwendigkeit der Herstellung begründet ebensowenig die Bestandteilseigenschaft einer Anlage, wie der freiwilligen und genehmigten Anlage Bestandteilseigenschaft ohne weiteres zugesprochen werden muß. Es wird vielmehr darauf ankommen, ob die Art des Gebäudes, die Anlage der Dächer, die wirtschaftliche Bestimmung des Baues zu seiner Bewohnbarkeit oder sonstigen Ausnutzung die gärtnerischen Anlagen erfordern, so daß sie, auch wenn sie nur das Gebäude umgeben und nicht auf dem Bau selbst vorgenommen oder in unmittelbare Verbindung mit ihm getreten sind[2]), mit dem Bau als eine einheitliche Sache im wirtschaftlichen Sinn erscheinen und als solche auch vom Verkehr aufgefaßt werden. Diese wirtschaftliche Zusammengehörigkeit, die in gleicher Weise bei dem Hofraum, dem Bürgersteig, dem Zuweg und den vom eigentlichen Bau getrennten Baulichkeiten gegeben ist, muß auch für die gärtnerischen Anlagen das entscheidende Merkmal dafür sein, daß auch diese als zum Bau gehörig zu erachten sind und ihre Anlegung als Beteiligung an der Herstellung des Baues in seinen einzelnen, zu seiner Vollendung erforderlichen Teilen angesehen werden muß. Dann wird aber auch eine Befriedigung der Gärtner aus dem Baugeld zulässig erscheinen. Als gärtnerische Arbeiten werden vorwiegend in Betracht kommen die Erd- und Pflanzarbeiten (a. M. scheinbar Schneider 92), das Aufdämmen des Souterrains, die Planierung der Rasenflächen, die Anlegung von Grotten und Felsenbauten, von Laubengängen, Springbrunnen, ornamentalen Aufbauten, Tennisplätzen und dergleichen. (Im Ergebnis übereinstimmend Hillig 30, Schneider 92).

III. Das Gesetz verlangt, daß die Baugläubiger, aus deren Arbeit oder Lieferung für den Bau Forderungen entstanden sind, auf Grund eines Vertrages sich an der Herstellung des Baues beteiligt haben. In diesem Erfordernis der Beteiligung auf Grund eines Vertrages ist die tatsächliche und rechtliche Beziehung, in der die „Baugeldgläubiger“ zu dem Bau stehen müssen, enthalten. In dieser Voraussetzung liegt daher nicht nur die Bezeichnung für die Richtung und Art der tatsächlichen Betätigung, die in der Teilnahme an der „Herstellung“ des Baues besteht, sondern auch die Richtung des Ver-

[1]) vgl. im Anschluß an K. B. S. 53 Simon S. 54, 55; Frank S. 33, 34; Hagelberg S. 61.

[2]) Nach Hillig (30) bilden Gartenanlagen Bestandteile des Grundstücks und unbewegliches Zubehör des Gebäudes. Gebäude und Grundstück bilden aber rechtlich ein einheitliches Ganzes, und so ist der Bestandteil des Grundstücks zugleich Bestandteil des Baues und umgekehrt.

trages, auf Grund dessen ihre Teilnahme erfolgt, und der einen Hinweis auf die Beteiligung an der Herstellung „des“ Baues enthalten muß.

Eine Tätigkeit, die der Herstellung des Baues dient, liegt dann vor, wenn der Erfolg der Tätigkeit im rechtlichen Sinne als ein Hinzufügen von Bestandteilen zu dem Grundstück oder Bau aufzufassen ist. Derjenige, der eine derartige Tätigkeit vornimmt, beteiligt sich unmittelbar an der Herstellung des Baues. Alle Arbeitsleistungen, die auf dem Bau selbst vorgenommen werden und zum Fortschreiten des Baues quantitativ beitragen, stellen eine unmittelbare Beteiligung an der Herstellung des Baues dar. Dabei kann es sich um eine geistige, wie körperliche Tätigkeit handeln. Vermessen und Einteilung der Baustelle, Herstellung der Baupläne und Aufstellung der Berechnungen, Zuweisung, Überwachung und Leitung der Arbeiten stellen eine der Herstellung des Baues unmittelbar dienende Tätigkeit ebenso dar, wie diejenige der Personen, welche den Aufbau oder den äußeren und inneren Ausbau besorgen, wie die der Maurer und Zimmerer, Dachdecker, Stuckateure, Maler, Töpfer, Tapeziere und anderer, deren Arbeitserfolg ein sichtbares Wachsen des Baues herbeiführt. Eine mittelbare Beteiligung an der Herstellung des Baues liegt jedoch dann vor, wenn die von einer Person vorgenommene Leistung, die in einer persönlichen, geistigen wie körperlichen Tätigkeit oder in der bloßen Lieferung von Baumaterialien bestehen kann, erst durch eine erneute Tätigkeit einer Person dem Grundstück oder Bau derart zugeführt werden muß, daß der Erfolg dieser Tätigkeit im rechtlichen Sinne als ein Hinzufügen von Bestandteilen, als eine unmittelbare Beteiligung an der Herstellung des Baues erscheint [1]). Die unmittelbare Beteiligung von Personen muß beim Vorhandensein der sonstigen Erfordernisse hinsichtlich der Baugeldverwendungspflicht der bloß mittelbaren gleichstehen. Die unmittelbare ist oft ohne eine vorausgehende mittelbare Beteilignng von Personen nicht denkbar, sofern diese die Vorbedingungen und Mittel für jene schafft, indem sie Handwerker und Arbeiter zum Bau heranzieht, ihnen die Möglichkeit gibt, ihre Tätigkeit durch Vornahme der notwendigen Vorbereitungsarbeiten und durch Stellung der mannigfaltigen Baumaterialien auszuüben, oder in verschiedenster Weise ihre Tätigkeit unterstützt.

Eine Beteiligung kann auch derart erfolgen, daß ein Unternehmer eines einzelnen Teiles des Baues die von ihm übernommene Arbeit durch seine Arbeiter und Angestellten unter seiner Leitung und Verantwortung ausführen läßt. Neben dem Unternehmer beteiligen sich dann aber auch die Arbeiter und Angestellten an der Herstellung des Baues, wenn die unten näher erörterte Beziehung zu dem Bau in den Vertrag zwischen dem Unternehmer und seinen Hilfspersonen aufgenommen ist. Erfolgt die Herstellung der Arbeiten

[1]) Nach Hagelberg 62 liegt eine unmittelbare Beteiligung in der Herstellung des Baues auch bei Lieferungen vor, obwohl die Leistung „zum Fortschreiten des Baues direkt“ zweifellos nicht beiträgt, „durch die Leistung ein Wachsen des Bauwerks“ nicht bewirkt wird, worin das Merkmal für eine unmittelbare Beteiligung an der Herstellung von ihm einige Zeilen vorher gefunden wird.

nicht auf dem Bau, sondern in der Werkstätte des Handwerksmeisters, so kann die Arbeitsleistung der Arbeiter und Angestellten nur eine mittelbare Beteiligung darstellen, wenn nicht auch durch sie die Einfügung oder Anbringung erfolgt. Der Unternehmer kann aber auch selbständige Handwerksmeister zur Herstellung der von ihm unternommenen Leistungen heranziehen, mit denen er Unterverträge abschließt. Die Tätigkeit des Unternehmers kann in solchen Fällen lediglich in der Heranziehung von Arbeitskräften, der Vergebung von Arbeiten bestehen. Dennoch kann auch hier nicht eine Beteiligung solcher Unternehmer an der Herstellung des Baues in Abrede gestellt werden, zumal die Ausführung der Arbeiten für ihn als Vertragsgegner und unter seiner Verantwortlichkeit erfolgt. Das gleiche gilt, wenn ein Handwerksmeister die vollständig hergestellten Arbeitsprodukte von einem Lieferanten erhält und der Wert seiner Vermittlertätigkeit und seiner zur Einfügung der Arbeiten erforderlichen Tätigkeit im Verhältnis zu dem Wert der Lieferanten geringfügig ist. Der Töpfermeister erhält die in einzelne Teile zerlegten Öfen vom Fabrikanten geliefert und stellt sie im Neubau auf. Ist nun die Lieferung von Material Gegenstand einer Leistung, so beteiligt sich der Lieferant an der Herstellung des Baues auch dann, wenn er die Lieferung sich von einem anderen Händler oder dem Fabrikanten besorgt und nur weiter liefert. Die Tätigkeit des Lieferanten besteht auch hier tatsächlich nur in dem Vergeben von Lieferungen, rechtlich jedoch in eigener Lieferung, da die Leistung von dem Händler für Rechnung und im Namen des Lieferanten bewirkt wird. Neben dem Lieferanten kann auch der Händler oder Fabrikant als an der Herstellung des Baues beteiligt anzusehen sein, wenn er auf Grund seines Vertrages nicht nur dem Lieferanten, sondern auch für den Bau liefert und die Verwertung der Leistung für die Herstellung des Baues als Vertragsbedingung aufnimmt. Dann werden der Lieferant und der Händler oder Fabrikant nebeneinander für dieselbe Leistung als „Baugeldgläubiger“ berücksichtigt werden können. Eine Befriedigung wird jedoch aus dem Baugelde nur einmal erlaubt sein, wofür das Präventionsprinzip maßgebend sein wird.

Die Konsequenz dieser Auslegung des Erfordernisses der Beteiligung an der Herstellung des Baues ist, daß die Unternehmertätigkeit, die in der Aufstellung von Berechnungen, der Auswahl der Handwerker und Lieferanten, dem Vergeben der Arbeit und dem Abschluß der erforderlichen Verträge, der Beaufsichtigung und Leitung des Baues, der Abnahme der Arbeiten und Lieferungen bestehen kann, auch eine Beteiligung an der Herstellung des Baues darstellt. Nach Hagelberg (63, 64) stellt diese „reine“ Unternehmertätigkeit keine Beteiligung an der Herstellung des Baues dar, drückt vielmehr einen Gegensatz dazu aus. Die von ihm angegebenen Gründe sind weder überzeugend, noch finden sie im Gesetz einen Anhalt. (vgl. Hillig 27). Der Wunsch der Ausscheidung des Generalunternehmers war der entscheidende Grund für seine Argumentierung. Jedoch ist nicht ersichtlich, daß die Unternehmertätigkeit als eine Beteiligung dann anzusehen ist, was Hagelberg nicht leugnet, wenn sie von einer Person, die nicht die Stellung eines Hauptunternehmers

einnimmt, vielmehr nur Zwischenunternehmer ist, ausgeübt wird. Und doch wird kein Unterschied, mit Ausnahme des quantitativen, zwischen dem Generalunternehmer, der die Ausführung des ganzen Baues, und dem Unterunternehmer, der die Ausführung eines selbstständigen Teiles weiter vergibt, zu finden sein. Ob diese Tätigkeit im größeren oder geringeren Maße ausgeübt wird, muß im Prinzip gleich bleiben. Zuzugeben ist jedoch, daß es der gesetzlichen Regelung nicht entsprechen kann, wenn der Baugeldempfänger sich durch Einschiebung eines Hauptunternehmers und Auszahlung der Baugelder an diesen als Vergütung seiner gesetzlichen Pflicht entziehen kann. Dennoch ist aus dem Gesetz nichts dafür zu entnehmen, daß die Tätigkeit des Hauptunternehmers, auch wenn diese lediglich in der Vergebung von Arbeiten besteht, keine Beteiligung an der Herstellung des Baues darstellt. Es fehlt vielmehr in § 1 ein dem § 19 Bauf. S. G. entsprechender Gedanke, daß dann eine Haftung und Bestrafung eintreten soll, wenn der Baugeldempfänger wußte oder wissen mußte, daß der Haupt- oder Unterunternehmer, dem er Baugeld auszahlt, nicht solvent ist oder nicht die Absicht hat, seine Schulden gegenüber seinen Nachmännern zu tilgen.

Der Leistungserfolg einer mittelbar an der Herstellung des Baues beteiligten Person kann schließlich auch nur in der Forderung einer wiederum mittelbaren Beteiligung bestehen, so daß die erkennbare und in ihrer Wirkung abschätzbare Verbindung zwischen dem Arbeitserfolg und der Entstehung des Baues eine immer entferntere und losere werden kann. Durch eine zu weite Ausdehnung des Kreises der für die Verwendungspflicht in Betracht kommenden Personen würde eine unsichere und die endgültige Befriedigung der Baugläubiger und Regulierung der Hypothekenverhältnisse verzögernde Rechtslage geschaffen werden. Dennoch kann schlechtweg eine Ausscheidung der Personen, deren Arbeitserfolg erst durch die Tätigkeit einer Anzahl anderer Personen dem Bau zugute kommt, nicht nach dem Gesetz, das nur eine Beteiligung verlangt, gutgeheißen werden. Die als „mittelbare" Beteiligung anzusehende Tätigkeit ist auch in vielen Beziehungen zur Herstellung des Baues unbedingt notwendig. Bei manchen Hilfsgeschäften ist aber die Förderung des Baues nur eine zufällige und nicht beabsichtigte und beruht oft auf einer Verknüpfung nicht vorauszusehender Umstände. Bei den einzelnen Tätigkeiten, die während der Herstellung des Baues vorgenommen werden können, wird diese Erscheinung oft beobachtet werden.

Für die sog. Vorbereitungsarbeiten (vgl. über den Begriff Soergel, Rechtspr. 1908, S. 211; RG. Bd. 63, S. 318) wird die Baugeldverwendungspflicht mit Recht bestehen. Ein Unternehmer befaßt sich mit der Freilegung des Grundstücks von Bauwerken. Vor und während der Herstellung des Baues werden eine große Anzahl von Hilfsgeschäften vorgenommen und Hilfsmaterialien geliefert. Durch Sprengung von Felsen mit Pulver schafft er den nötigen Platz für den Bau, oder er trifft gegen den Abrutsch von Erdmassen kostspielige Vorkehrungen oder muß Wassermassen auspumpen und ablenken. Dann wird das Grundstück vermessen und neu eingeteilt.

Die Bauzeichnungen werden entworfen und die Kosten veranschlagt. Ein anderer Unternehmer hat dem Boden durch Einrammen von Pfählen und Zementquadern die notwendige Festigkeit gegeben. Das Fundament für den Bau kann jetzt ausgeschachtet werden. (vgl. Soergel 1906, Nr. 645, Ziff. 6, S. 185; J. Verw. R. 1909, S. 776). Der Bauarbeiter leistet die zur Ausführung der Fundamentarbeiten notwendigen Handlangerdienste, reicht die Steine zu, bereitet den Mörtel und bringt die auf dem Bauplatz liegenden Balken zum Richten an die geeignete Stelle. Der Fuhrmann fährt Sand und Bauholz auf die Baustelle. Als Hilfsmaterialien werden solche geliefert, die bei der Errichtung des Baues nur gebraucht werden und anderweit zu gleichen Zwecken benutzbar bleiben, wie Gerüstbalken, Karren, Wagen, Leitern, Schaufeln, Haken. Abzusehen ist von dem Betriebswerkzeug der Handwerker und Arbeiter: das Entgelt für deren Gebrauch und Abnutzung ist teils in der Vergütung für die Arbeitsleistung mit enthalten, teils gehört es allgemein zur Ausübung des Gewerbes und macht den Handwerker oder Arbeiter zur sachgemäßen Leistung fähig. Während für die Stellung von derartigem Betriebswerkzeug der letztgenannten Art keine besonderen Forderungen erwachsen, werden oft für die Lieferung von Hilfsmaterialien, die bei der Herstellung des Baues gebraucht werden, Ansprüche entstehen, die aus dem Baugeld befriedigt werden können.

Gegen eine Ausdehnung der Baugeldverwendungspflicht auf derartige Arbeiten und Lieferungen ist weder aus dem Sinn, noch dem Zweck des Gesetzes etwas einzuwenden, wenn im übrigen seinen Erfordernissen genügt ist. Nun können aber des weiteren eine große Anzahl Fälle in Betracht kommen, bei denen trotz der mittelbaren Beteiligung an der Herstellung die Verwendung von Baugeld, das der Bestreitung der Baukosten schlechthin dienen soll, zur Tilgung der durch die Beteiligung entstandenen Forderungen weder wirtschaftlich, noch rechtlich gutzuheißen ist. Das Zubereiten von Speisen für die Bauarbeiter und Handwerker wird auf der Baustelle vorgenommen, Getränke und Nahrungsmittel werden nach der Baustelle geliefert, oder ein in der Nähe wohnender Gastwirt speist und beherbergt Bauleute. Auf der Eisenbahn wird aus entfernter Gegend Baumaterial zu der Baustelle befördert, oder die Bauhandwerker benutzen die Straßenbahn, um zu ihrer Arbeitsstelle zu gelangen. Der Hufschmied beschlägt die Pferde des Bauunternehmers, und der Wagenbauer bessert die Karren des Unternehmers aus, auf denen dieser Sand und Steine zum Bauplatz fährt. Der Buchhalter des Architekten führt die Baubücher und zahlt die Löhne und Vergütungen aus. Durch Einsetzen von Annoncen in Zeitungen werden Handwerker zur Einreichung von Angeboten aufgefordert oder Arbeiter gesucht. Die mit diesen abgeschlossenen Verträge werden gerichtlich oder notariell beurkundet. Ein Arzt wird auf die Baustelle gerufen, um das gebrochene Bein eines Arbeiters zu untersuchen und zu heilen, damit dieser die Arbeit auf dem Bau wieder aufnehmen kann.

Die Vorbereitungsarbeiten für die Herstellung eines Baues und die mannigfaltigen Hilfsgeschäfte, die eine unmittelbare oder mittel-

bare Beteiligung anderer Personen an der Herstellung des Baues unterstützen und ermöglichen, sind begrifflich schwer von den unmittelbar der Herstellung des Baues dienenden Arbeiten oder der Lieferung von Baumaterial zu trennen, da in der Bedeutung der Arbeit in quantitativer und qualitativer Beziehung nicht das entscheidende Merkmal gefunden werden kann. Dasselbe gilt aber auch von solchen Arbeiten, die nur gelegentlich während der Herstellung des Baues vorgenommen werden, wenn der Erfolg der Tätigkeit in mehr oder minderem Maße tatsächlich dem Bau bei seiner Herstellung zugute kommt. Der Maurer und Zimmermann fügt Steine und Bauholz zusammen. Der Fuhrmann hat die Steine, den Sand und das Bauholz zur Baustelle herangefahren. Er hat keine Arbeit an dem Material ausgeführt, noch zur Verwendung in den Bau umgeformt. Er nahm nichts mit dem Sande vor, um ihn zum Gebrauch für den Bau geeigneter zu machen, er richtete auch nicht das Holz für diesen her. Er schaffte nur den Sand auf die Baustelle, wo ihn der Unternehmer durch Beimengung anderen Materials zu Mörtel verarbeitet. Die Tätigkeit des Fuhrmanns ist aber unentbehrlich für die Tätigkeit des Zimmermanns und Maurers. Der Fuhrmann hat das Material von der Eisenbahn oder einem Dampfer geholt. Durch diese Beförderungsmittel ist es von weither herangeschafft worden, aus einem Lande, in dessen Wäldern der Holzfäller die Bäume gefällt und für den Transport geeignet gemacht hat. Auch für die Verarbeitung des Holzes in der Werkstatt eines Zimmermanns können wiederum Personen tätig werden, die es in irgend einer Weise bearbeiten. Die Forderung desjenigen, der schließlich als Lieferant des Bauholzes für den bestimmten Bau anzusehen ist, setzt sich aus den Herstellungs- und Transportkosten des Bauholzes und einem Geschäftsgewinn zusammen. Doch können nicht alle diejenigen Personen für die Baugeldverwendungspflicht in Betracht kommen, die in irgend einer Weise Arbeit oder Geld auf die Herstellung des Bauholzes verwendet haben. In allen Gewerbezweigen, in denen eine Verarbeitung oder Umformung von Rohstoffen stattfindet, wird das Material von vielen Händen bearbeitet. Bis es zur Verwendung geeignet oder zu einer einheitlichen Sache gestaltet ist, wird die Tätigkeit zahlreicher Hilfskräfte in Anspruch genommen. Diese entfalten jedoch oft ihre Tätigkeit, ohne daß sie wissen, in welcher Weise der durch ihre Arbeit herbeigeführte Erfolg von einem anderen ausgenutzt werden wird. Ihr Wille ist lediglich darauf gerichtet, das durch ihre Kräfte und Fähigkeiten zu erreichende Ziel zu schaffen, vor allem dann, wenn es sich um eine Tätigkeit genereller Natur handelt, deren Erfolg in der verschiedensten Art weiter benutzt werden kann. Die Vergütung für die Tätigkeit erwartet er für den Erfolg, den er geschaffen hat, nicht für den, dem möglicherweise seine Tätigkeit noch zugute kommen kann.

Soll bei der Herstellung eines Baues eine Tätigkeit als Beteiligung angesehen werden, so wird nicht lediglich auf den Arbeitserfolg der Tätigkeit einer Person Rücksicht genommen werden dürfen, sondern auf den Willen der Person und den wirtschaftlichen Hauptzweck ihrer Leistung. Die Person muß sich nicht nur bewußt sein,

daß sie sich an der Herstellung des Baues beteiligt, sondern der Erfolg muß in erster Linie rechtlich und wirtschaftlich die Herstellung des Gebäudes bezwecken und nicht nebenbei in irgend einer Weise tatsächlich dessen Herstellung fördern. Daher werden von vornherein diejenigen Geschäfte ausscheiden, die ohne Rücksicht auf den Bau vorgenommen, und deren wirtschaftlicher oder moralischer Erfolg ein selbständiger, in seiner Eigenart mit einer baugewerblichen Tätigkeit nicht zusammenhängender ist (Heilung einer Wunde, notarielle oder gerichtliche Rechtsgeschäfte, Brief- und Personenbeförderung, Unterhalt). Außerdem wird aber auch noch ein Grundsatz gelten, der die gesetzliche Verwendungspflicht in denjenigen Grenzen hält, in denen der vom Gesetz gewollte Zweck erreicht werden kann.

Die Wohltat der geregelten Baugeldverwendung kann nicht jeder Person zuteil werden, die an einer in den Bau verwendeten Leistung teilgenommen hat. Es wird vielmehr der vom Gesetz verlangte Vertragsgrund nicht nur seiner Art nach, sondern auch der Richtung nach beachtet werden müssen, nach der hin der Vertrag wirken soll. Der Vertrag muß mehr sein, als ein bloßes Abkommen über Leistung von Arbeit oder Verkauf von Waren. Er muß auf den Zweck ausdrücklich oder stillschweigend Bezug nehmen, für den die Arbeit zu leisten, das Material zu liefern ist, nämlich auf die Herstellung „des“ Baues. Für einen großen Teil der Produzenten von Arbeit und Material, deren Tätigkeit objektiv eine mittelbare Beteiligung an der Herstellung des Baues ist, wird die Frage, ob sie für die Baugeldverwendungspflicht in Betracht kommen, auf Grund ihrer vertraglichen Stellung zu ihrem Gegenkontrahenten erledigt sein. Verkauft ein Lieferant ohne Hinblick auf ihre Verwendung Waren, und ist auch aus deren Beschaffenheit nicht auf den stillschweigenden Verbrauch bei der Herstellung eines bestimmten Baues zu schließen, oder stellt der Handwerker in seiner Werkstatt Arbeiten her, die er nicht für einen bestimmten Bau zurichtet oder liefert, so kommt diesen Personen nicht die Stellung von Baugläubigern im Sinne des § 1 zu. Ebensowenig dem Materiallieferanten, wenn das, was er liefert, nur infolge der Weitergabe von Hand zu Hand in den Bau gelangt, ohne daß er an dessen Herstellung gedacht hat. Ist ein Kauf von Material zur beliebigen Verwendung durch den Erwerber abgeschlossen, so wird eine Verpflichtung, den Verkäufer aus dem Baugelde zu befriedigen, auch nicht bestehen. Dasselbe muß ferner gelten bei einer Änderung der Zweckbestimmung, wenn dem Verkäufer die Änderung gleichgültig sein konnte. Hat ein Holzhändler an einen Wiederverkäufer Holz verkauft, damit dieser es weiter veräußere, so besteht nicht für jenen die gesetzliche Verwendungspflicht, wenn dieser unter Änderung seiner ursprünglichen Absicht mit dem Holze einen Bau errichtet oder es zur Herstellung eines Baues liefert.

Ein Handwerksmeister, der die Dachdeckerarbeiten eines Baues verrichtet, hat Dachziegel, Dachschiefer, Dachpappe, Dachfilz, Dachnägel, Sachen, die er zur Bedeckung von Bauten braucht, von verschiedenen Lieferanten gekauft. Die Materialien sind ihm auf seinen

Wunsch aus Gefälligkeit von dem Fabrikanten teils auf die Baustelle geschafft worden, teils hat er sie selbst auf die Baustelle mitgenommen, teils hat er sie in seine Werkstatt bringen lassen. Die Fabrikanten wußten, daß der Abnehmer Dachdecker war, und daß er als solcher an verschiedenen Bauten tätig war. In solchem Falle kann nicht allgemein die Verwendungspflicht für die Lieferanten bestehen, auch nicht soweit ihre Waren zur Herstellung des Daches verwendet worden sind. Augenscheinlicher erledigt sich diese Frage, wenn der Abnehmer vor Verwertung der Materialien eine Verarbeitung dieser vorgenommen hat. Der Malermeister, der das Anstreichen des Baues übernommen hat, kauft die von ihm zu verwendenden Rohstoffe von verschiedenen Personen, von diesem das Öl, von jenem die Farbe oder den Kitt. Die Lieferung erfolgt zum Teil auf die Baustelle, wo er die erforderlichen Farbenmischungen herstellt. Oder der Eisenhändler verkauft sein Rohmaterial an den Gießer, der es zu schmiedbarem Eisen verarbeitet. Hieraus fertigt der Maschinenbauer Stangen, Räder, Nieten und fügt das Material zu einer Maschine zusammen, die er einem Handwerksmeister liefert, der sie in den Bau einbaut. Die Verarbeitung von gelieferten Stoffen zu einer neuen Sache vor der Einfügung in den Bau steht dem Bestehen der Baugeldverwendungspflicht an sich nicht entgegen, dennoch kann es nicht dem Sinn des Gesetzes entsprechen, daß jeder Verkäufer, jede Zwischenperson, die an den einzelnen Stadien der Lieferung oder Bearbeitung des Materials teilgenommen hat, für die Verwendungspflicht in Betracht kommen. Die Grenze für die Berücksichtigung durch den Verwendungspflichtigen wird bei dem zu ziehen sein, der für den bestimmten Bau mit der ausdrücklichen oder aus den Umständen, der Art der Lieferung, zu entnehmenden stillschweigenden Bestimmung der Verwertung der Leistung in einen bestimmten Bau seiner Vertragspflicht nachkommt. Dieser Grundsatz gilt für die gesamten Arbeiten und Leistungen, die als eine mittelbare Beteiligung an der Herstellung des Baues in dem oben erörterten Sinne anzusehen sind. Für die unmittelbare Beteiligung wird dieser Grundsatz durch die Art der Betätigung entbehrlich. (a. M. Schneider 33). Um so wichtiger wird er aber bei Materiallieferungen und Hilfsgeschäften, die der Forderung oder Unterstützung des Baues dienen.[1])

Der rechtliche Grund für das Verlangen der Aufnahme einer Bestimmung über die Verwertung der Leistung „zur" Herstellung des bestimmten Baues in den Vertrag ist darin zu sehen, daß derjenige, der seine Leistung ohne jede Abmachung über ihre Verwendung bewirkt, sich allein auf die persönliche Sicherheit, die Zahlungsfähigkeit und Zahlungswilligkeit seines Vertragsgegners verläßt und nicht auf die Zahlungspflicht eines Dritten vertraut, noch vertrauen konnte. Der Begriff der Beteiligung an der Herstellung des Baues wird durch die Voraussetzung der vertraglichen Beziehung

---

[1]) Zu eng Hagelberg 62; Schneider 33; vgl. Mügel 33; Hillig 82. Im amerikanischen Rechte ist der Grundsatz allgemein durchgeführt, vgl. Salomonsohn. Der gesetzliche Schutz usw.

zu dem Bau derart begrenzt, wie es dem Zweck des Gesetzes entsprechen muß, um nicht die gesetzliche Verpflichtung in der Weise auszudehnen, die eine auf ihrer schuldhaften Verletzung beruhende Haftung in zivil- und strafrechtlicher Beziehung wertlos machen würde.

§ 13. Die gesetzmäßigen Ausnahmen der Verwendungspflicht.

I. Das Gesetz statuiert eine Verpflichtung zur Verwendung von Geldbeträgen zu Gunsten gewisser Personen. Neben den Fällen, in denen wegen der Fassung und dem Zweck des Gesetzes eine gesetzliche Verwendungspflicht der für die Errichtung eines Baues gewährten Geldbeträge nicht in dem gesetzlichen Umfange besteht, sei es daß ihr Verwendungszweck in anderer Weise vereinbart ist, oder die von dem Gesetz aufgestellten Voraussetzungen des Baugeldbegriffes nicht vorliegen, hat das Gesetz zwei Ausnahmen von der Grundregel aufgestellt, die die in § 1 Abs. 1 S. 1 normierte Verwendungspflicht in gewisser Weise modifizieren. Diese Ausnahmen von der Grundpflicht bedeuten eine Erweiterung des Kreises der für die Verpflichtung in Betracht kommenden Personen durch Einbeziehung des Baugeldempfängers selbst.

Als Baugeldempfänger kann der Eigentümer der Baustelle, der Bauherr oder der Haupt- oder ein Unterunternehmer oder eine an der Errichtung des Baues unbeteiligte Person in Betracht kommen, je nachdem sie „Baugeld“ im gesetzlichen Sinne erhält. Auch von dem Stand des Baues ist die Aufnahme von Baugeld nicht abhängig, sofern der Bau noch nicht vollendet ist. Sie kann daher vor Baubeginn erfolgen, aber auch wenn bereits der Bau teilweise hergestellt und ein großer Teil von Bauforderungen getilgt ist. Zudem ist zu beachten, daß die Baugeldeigenschaft nicht gewissen Geldstücken anhaftet.

Diese Umstände lassen es erklärlich erscheinen, daß der Baugeldempfänger bei seiner verschiedenen wirtschaftlichen Stellung zum Bau aus eigenem Gelde, z. B. bevor er fremdes Baugeld überhaupt aufgenommen hat, aus seinem Vermögen die Mittel nimmt, um Bauforderungen zu tilgen. Infolge seiner Stellung zum Bau wird aber ferner auch der Baugeldempfänger an der Herstellung des Baues mit Arbeiten oder Lieferungen sich häufig beteiligen. Ohne bestimmte Regelung wäre es mit der positiven Verpflichtung des Baugeldempfängers, die Geldbeträge zur Befriedigung der an der Herstellung des Baues auf Grund eines Werk-, Dienst- oder Lieferungsvertrages Beteiligten zu verwenden, nicht zu vereinen, wenn der Empfänger, der aus eigenem Vermögen vor oder nach Aufnahme von Baugeld ohne Anrechnung auf dieses Baugläubiger befriedigt, diese Zahlungen als aus dem Baugelde geschehene anzusehen und demzufolge die gezahlten Summen aus dem Baugelde wieder zu entnehmen berechtigt wäre. Ebensowenig wäre auch darin nicht die Einhaltung der positiven Verwendungspflicht zu sehen, wenn der Baugeldempfänger, der an der Herstellung des Baues sich selbst beteiligt, dafür eine Vergütung aus dem Baugelde entnimmt, da diese Teilnahme meist nicht in Ausführung eines Vertrages geschehen wird.

II. Dennoch wird dem Baugeldempfänger kraft gesetzlicher Regelung gestattet:

1) eine „anderweitige Verwendung“ des Baugeldes, als wie sie in § 1 Abs. 1 S. 1 vorgeschrieben ist, bis zu dem Betrage, in welchem er aus anderen Mitteln Gläubiger der bezeichneten Art bereits befriedigt hat (§ 1 Abs. 1, S. 2.)

2) Baugeld, sofern er selbst an der Herstellung des Baues beteiligt ist, in Höhe der Hälfte des angemessenen Wertes seiner Leistung „für sich zu behalten“ (§ 1 Abs. 2).

a. Die Bedeutung dieser Ausnahmen für den Baugeldempfänger ist trotz des verschiedenen Wortlauts in beiden Fällen die gleiche, (vgl. Hagelberg 72; Hillig 30). Die gesetzliche Verwendungspflicht in ihrer positiven und negativen Funktion fällt fort und damit auch eine Haftung des Baugeldempfängers in zivilrechtlicher oder strafrechtlicher Beziehung. Natürlich steht es dem Baugeldempfänger frei, trotzdem die Verwendungspflicht im gesetzlichen Umfange einzuhalten. Es kann für ihn auf Grund vertraglicher Vereinbarung sogar dazu eine vertragliche Verpflichtung bestehen. Dann wird er, wenn er von der gesetzlichen Erlaubnis einer anderweitigen Verwendung Gebrauch macht, seine obligationsrechtlichen Pflichten verletzten und zivilrechtlich, unter Umständen wegen Untreue oder verwandter Delikte nach dem Reichsstrafgesetzbuch auch strafrechtlich belangt werden können; wegen Verletzung der gesetzlichen Verpflichtung kann er jedoch nicht haftbar gemacht werden. Daraus ergibt sich, daß die gesetzlichen Ausnahmen der Verwendungspflicht nicht den Kreis derjenigen Pflichten durchbrechen oder sogar aufheben, die dem Baugeldempfänger aus einem anderen Rechtsgrunde, einem vertraglichen oder gesetzlichen, obliegen. Ist er z. B. zugleich Bevollmächtigter, Vormund, Ehemann, Zwangsverwalter, Konkursverwalter usw., so kann eine Verletzung der aus den Verträgen oder vertragsähnlichen Verhältnissen entspringenden Pflicht zur Wahrnehmung anvertrauter Vermögensinteressen in der Befolgung der gesetzlichen Ausnahmeregeln durch den Baugeldempfänger liegen. (vgl. Hagelberg 72).

b. Die Ausnahme, daß der Baugeldempfänger insoweit Baugeld anderweit verwenden darf, als er Baugläubiger aus anderen Mitteln befriedigt hat, beruht auf der Erwägung, nur in Höhe der vertraglich zur Tilgung der Baukosten gewährten Geldbeträge eine Befriedigung von Bauschulden durch den Baugeldempfänger zu erzwingen. Im übrigen ist es dem Gesetz gleichgültig, ob trotz Verwendung von Geldbeträgen in Höhe des Baugeldes die Mehrzahl der Bauforderungen nicht getilgt wird, ob nur die größeren, bei Beginn des Baues tätigen Handwerker befriedigt werden und die große Zahl der Ausbauhandwerker leer ausgeht. Eine gesetzliche Verpflichtung, gerade die auf Grund des Baugeldvertrages zur Verfügung gestellten Geldbeträge zu verwenden, besteht auch nicht. Weil nur in Höhe des gesetzlich gesicherten Baugeldes Baugläubiger befriedigt zu werden brauchen, bedarf es auch nicht bei Tilgung von Bauforderungen einer ausdrücklichen Hervorhebung der Zahlung aus dem Baugelde oder in Anrechnung auf das Baugeld. So begnügt

sich das Gesetz, in Höhe des Baugeldes eine Befriedigung von Baugläubigern zu erzwingen. Im übrigen beachtet es die vertraglichen Beziehungen unter den Parteien nicht.

Bei dieser Stellungnahme hat das Gesetz aus Zweckmäßigkeitsgründen bestimmt, daß der Baugeldempfänger, der aus anderen Mitteln, als aus den auf Grund des Baugeldvertrages empfangenen Geldbeträgen oder in Anrechnung auf diese Beträge Baugläubiger befriedigt hat, insoweit ein Rückgriffsrecht gegen das Baugeld haben soll. Denn es würde vom Standpunkt des Gesetzes gleichgültig sein, ob der Baugeldempfänger solange mit der Tilgung der Bauforderungen wartet, bis er Baugeld ausgezahlt erhält, oder ob er aus eigenen Mitteln oder aus solchen, die er von anderen ohne Begründung der Baugeldqualität sich verschafft hat, Baugläubiger bezahlt in der Absicht, diese Beträge dem Baugeld wieder zu entnehmen. Auch mit Rücksicht auf den Baugeldnehmer ist diese Bestimmung notwendig, um unbillige Härten zu vermeiden. Zudem liegt eine möglichst schnelle Befriedigung im Interesse der Baugläubiger. Sie werden nicht genötigt sein, lange Zahlungsfristen, z. B. bis zur Fälligkeit einer bestimmten Baugeldrate, zu bewilligen, haben vielmehr die Möglichkeit, aus sonstigen Mitteln des Baugeldempfängers eine frühere Auszahlung ihrer Forderungen zu erhalten. (vgl. K. B. 31; Hagelberg 72; Hillig 31.)

Sieht man von diesen Zweckmäßigkeitsgründen ab, die jedoch keineswegs einen durchschlagenden Gesichtspunkt für die Festsetzung der Ausnahme des § 1 Abs. 1 S. 2. bilden, so wird nur dann vom rechtlichen Standpunkt diese Regelung gutzuheißen sein, wenn der Baugeldempfänger nicht der persönliche Schuldner der Baugläubiger, noch der an der Errichtung des Baues wirtschaftlich Interessierte ist. Ist der Baugeldempfänger der persönliche Schuldner der Baugläubiger oder der Eigentümer der Baustelle, so kann von einem Schaden nicht gesprochen werden, (vgl. jedoch Hagelberg 72), wenn er aus eigenen Mitteln seine Gläubiger befriedigt oder ein Entgelt für den Wertzuwachs seines Grundstücks den Bauhandwerkern anstelle ihrer Auftraggeber zukommen läßt. Vielmehr ist im ersteren Fall diese Befriedigung vom schuldrechtlichen Standpunkte ganz natürlich und nicht einzusehen, weshalb der Baugeldempfänger insoweit von der gesetzlichen Verpflichtung frei, nur vertraglich gebunden und ihm die Zurücknahme einer Zahlung aus dem Baugelde gestattet sein soll. Diese Ausnahme bedeutet für den Schuldner eine Aufforderung, seine vertraglichen Pflichten in nachlässiger Weise zu erfüllen. Daher werden auch diejenigen Handwerker und Lieferanten besondere Vorsicht im Kreditgeben beobachten müssen, die sich an der Herstellung des Baues erst dann beteiligen, wenn der Baugeldempfänger in Höhe des bei Beginn ihrer Arbeiten erst aufgenommenen Darlehns bereits aus eigenem Vermögen Baugläubiger befriedigt hat. Trotzdem die Leistungen im Vertrauen und unter Hinweis auf das Baugeld erfüllt werden, liegt dem Baugeldempfänger eine Verpflichtung aus dem Gesetz nicht ob, das Baugeld zu Gunsten von Baugläubigern zu verwenden, vielmehr kann er Baugeld für seine früheren Zahlungen für sich behalten und durch die trotzdem

erfolgte Leistung der Baugläubiger dem Grundstück zu Gunsten des Eigentümers und namentlich der Hypothekengläubiger bedeutende Werte zuführen, ohne daß die Baugläubiger in anderer Weise geschützt sind, als bisher. Steht der Baugeldempfänger jedoch nicht in vertraglichen Beziehungzn weder zu den Baugläubigern, noch ihren Auftraggebern, so ist, wenn man das Nichtbestehen einer Versionsklage nach heutigem bürgerlichen Recht erwägt, zu verstehen, wenn ihm der Rückgriff an dem Baugeld eingeräumt wird, sofern er aus eigenem Vermögen Bauschulden getilgt hat. Insoweit ist die Nichtbeachtung der zwischen den Baugläubigern und ihren Schuldnern bestehenden Rechtsverhältnisse vom Standpunkte des Gesetzgebers gutzuheißen. Dem Baugeldempfänger muß in solchem Falle eine Schadloshaltung aus dem Baugeld gestattet sein, sofern er nicht gezwungen werden soll, durch Zurückhalten des Baugeldes, durch Vertrags- oder Kondiktionsklage gegen seinen Auftraggeber vorzugehen oder auf die Auszahlung der Baugeldraten zu warten.

Die Voraussetzung für die Ausnahmeregel des § 1 Abs. 1 S. 1 ist, daß der Baugeldempfänger Gläubiger der in Abs. 1 bezeichneten Art aus anderen Mitteln befriedigt hat. Der Empfänger muß selbst eine Befriedigung dieser Gläubiger vorgenommen haben. Ob er sich dazu der Hilfe Dritter bedient, kann gleich bleiben. Nur ist darauf zu achten, daß durch die Leistung des Dritten das Vermögen des Baugeldempfängers um die gezahlte Summe verringert werden muß, sei es, daß das dem Empfänger gehörige Geld in seinem Auftrag unmittelbar den Gläubigern durch den Dritten ausgekehrt worden ist, oder daß der Dritte einen rechtlich begründeten Anspruch gegen den Baugeldempfänger durch die Zahlung erworben hat. Eine Befriedigung der Baugläubiger wird in gleicher Weise aus anderweiten Mitteln durch den Empfänger herbeigeführt werden können, wie in Ausführung der gesetzlichen Verpflichtung.

Aus welchen Mitteln der Baugeldempfänger Baugläubiger befriedigt, ist gleichgültig, sofern ihm nur diese Mittel nicht auf Grund des Baugeldvertrages gewährt worden sind. Auch ist nicht notwendig, daß es eigene Mittel des Baugeldempfängers gewesen sind, mit denen er die Befriedigung bewirkt hat, vielmehr können ihm diese in irgend einer Weise von dritter Seite zur Verfügung gestellt worden sein. Erlaß von Bauforderungen wird nicht zur Entnahme von Baugeld berechtigen. Wohl aber wird hier eine Tilgung des Schuldverhältnisses durch Aufrechnung von Gegenforderungen zuzulassen sein. Einer Befriedigung durch Geldmittel wird es auch nicht bedürfen. Es können Leistungen an Erfüllungsstatt genügen. Werden Gegenstände zum Zwecke der Befriedigung durch den Baugeldempfänger hingegeben oder Arbeits- oder Dienstleistungen durch ihn zu diesem Zwecke angeführt, so kann der gemeine Wert als angemessene Entschädigung (§§ 315 ff. BGB.) für den Rückgriff aus dem Baugeld maßgebend sein, jedoch nur in Höhe der durch die Leistung befriedigten Forderung, soweit sie für die gesetzliche Forderung in Betracht zu ziehen wäre (vgl. Hagelberg 73, 74; Mügel 11; Hillig 31).

Auch wird ein Kondiktionsanspruch, wie ein Anspruch aus

auftragloser Geschäftsführung eines Dritten gegen den Empfänger genügen, sofern der Dritte einen hiernach rechtlich begründeten Anspruch erlangt hat. Auch die Genehmigung der Zahlung des Dritten an einen Baugläubiger durch den Empfänger unter Übernahme der Ersatzpflicht wird ausreichen. Hat jedoch der Dritte für eigene Rechnung Gläubiger befriedigt, und zwar derart, daß er selbst in Höhe der geleisteten Zahlung als „Nachmann" für die Verwendungspflicht in Betracht kommt, so ist dem Baugeldempfänger ebensowenig in Höhe dieser Zahlung eine anderweitige Verwendung von Baugeld gestattet, wie wenn ein Dritter im eigenen Interesse und für eigene Rechnung ohne Rücksicht auf den Baugeldempfänger Baugläubiger befriedigt.

Bei einer Mehrzahl von Baugeldempfängern kommt es für die Berechtigung, einen Abzug aus dem Baugeld zu machen, auf ihre gegenseitige Stellung an. Empfänger, von denen jeder die Verfügung über eine bestimmte Summe getrennt nebeneinander ausübt, können sich nicht den Betrag zu ihren Gunsten anrechnen, den ein anderer Empfänger aus anderen Mitteln zur Befriedigung von Baugläubigern desselben Baues aufgewendet hat. Handelt es sich um eine Baugeldsumme, über die mehreren neben- oder hintereinander die gesetzliche Verwendungspflicht obliegt, so wird die durch einen der Baugeldempfänger vorgenommene Befriedigung aus anderen Mitteln auch den übrigen zustatten kommen, da es sich um eine einheitliche Ausübung einer Verpflichtung durch mehrere handelt, von denen der eine für den anderen im gewissen Umfange einsteht, und auch die zur Aufhebung der Verpflichtung vorgenommenen Handlungen des einen den anderen zugute kommen müssen. Natürlich darf die Anrechnung des Betrages nur einmal erfolgen. Der Baugeldempfänger verletzt seine Prüfungspflicht, wenn er sich nicht darüber vergewissert, in welcher Höhe ein anderer Baugeldempfänger infolge dieses Befreiungsgrundes eine anderweitige Verwendung von Baugeld bereits vorgenommen hat (vgl. Hagelberg 73).

Es müssen Baugläubiger, die in den Kreis der vom Gesetz bevorzugten Personen fallen oder deren Rechtsnachfolger, durch den Baugeldempfänger befriedigt sein. Für diese mußten in Höhe der Befriedigung rechtlich begründete Forderungen bestanden haben, für die die gesetzliche Verpflichtung gegeben wäre, wenn nicht aus anderen Mitteln ihre Befriedigung erfolgt wäre. Die Befriedigung anderer Gläubiger oder sonstiger Forderungen wird die Entnahme von Baugeld in Höhe der Aufwendungen nicht rechtfertigen.

Für den Zeitpunkt der Zulässigkeit einer anderweitigen Verwendung von Baugeld wird in der Regel maßgebend sein, wann die Befriedigung von Baugläubigern aus anderen Mitteln vorgenommen worden ist. Zu beachten wird hierbei sein, daß die befriedigte Forderung zu denjenigen Forderungen gehört oder zu einer solchen zu werden geeignet ist, für die die gesetzliche Pflicht besteht oder bei Verwendung in den Bau entstehen wird. Bei einer Vorleistung durch den Baugeldempfänger und einer Entnahme von Baugeld für diese Zahlung vor Verwendung der Leistung in den Bau wird zweifellos eine objektive Verletzung des § 1 vorliegen, da in solchem Falle eine gesetzliche Verpflichtung nicht gegeben ist. Erfolgt jedoch

die anderweitige Verwendung des Baugeldes in der begründeten Hoffnung, die Leistung werde in den Bau verwendet werden, so wird ein subjektives Verschulden des Baugeldempfängers nicht nachzuweisen sein. Dann wird weder eine zivilrechtliche Ersatzpflicht, noch eine Bestrafung des Baugeldempfängers eintreten können.

c. Der Baugeldempfänger kann an der Herstellung des Baues selbst beteiligt sein. Die von ihm vorgenommene Arbeitsleistung führt einen Erfolg herbei, der als eine unmittelbare oder mittelbare Beteiligung an der Herstellung des Baues anzusehen ist und demnach, wenn die Leistung von einem Bauhandwerker oder Lieferanten, der nicht als Baugeldemfänger gilt, vorgenommen worden wäre, für die Baugeldverwendungspflicht in Betracht kommen könnte. Es wäre in solchem Falle nicht zu rechtfertigen, wenn der Baugeldempfänger sich für seine Arbeitsleistung, die den gleichen Erfolg wie die anderer Personen hat, nicht aus dem Baugeld Vergütung entnehmen dürfte. Ein dahingehendes Verbot würde nur erreichen, daß der Baugeldempfänger alle Arbeiten an andere Personen vergeben würde, um nicht für eigene Leistungen allen anderen in Bezug auf seine Befriedigung aus dem Baugeld nachzustehen und dadurch auf Befriedigung aus den einzigen Mitteln des Auftraggebers zu verzichten. Daher hat das Gesetz die Regelung getroffen, daß der Baugeldempfänger, der selbst sich an der Herstellung beteiligt, sich in Höhe der Hälfte des angemessenen Wertes seiner Leistung aus dem Baugelde befriedigen darf. Diese Einschränkung auf die Hälfte hat ihren Grund darin, daß die Höhe des Baugeldes den gesamten Betrag der Baukosten fast nie erreicht und eine Vorwegbefriedigung in voller Höhe den Baugeldempfänger als Baugläubiger den übrigen gegenüber besser stellen (vgl. K. B. 31, 32) und so eine Benachteiligung dieser bilden würde. Es ist daher als Mittelweg gewählt worden, dem Baugeldempfänger in Höhe der Hälfte und nicht anteilsmäßig einen Abzug von dem Baugeld für seine Forderung zu gestatten.

Für die Art der Beteiligung des Baugeldempfängers muß gelten, daß er sich nur für solche Leistungen befriedigen darf, für die, wenn sie von anderen Personen vorgenommen würden, die gesetzliche Verwendungspflicht bestehen würde. Es ist daher erforderlich, daß er an der Herstellung des Baues auf Grund eines Werk-, Dienst- oder Lieferungsvertrages sich beteiligt hat, oder wenn der Baugeldempfänger selbst Bauherr ist, eine derartige Beteiligung durch ihn vorliegt, deren Erfolg eine Beteiligung an der Herstellung des Baues auf Grund einer gesetzlich erforderlichen Vertragsart sein würde, sofern eine andere Person vertraglich zur gleichen Leistung verpflichtet gewesen wäre. Wird durch den Baugeldempfänger eine Leistung bewirkt, die z. B. auf einem Mietvertrag beruht, so greift die Entschädigungsberechtigung nicht ein. Eine derartige Forderung ist von dem gesetzlichen Standpunkt und dem Inhalt der Verpflichtung des § 1 Abs. 1 für den Abs. 2 zu verlangen (vgl. Hagelberg 75).

Die Leistung des Baugeldempfängers muß in der Regel in den Bau verwandt sein, bevor für ihn eine Berechtigung, Baugeld für

sich zu behalten, erwächst. „Verwenden“ bedeutet, durch seine Tätigkeit einen Erfolg herbeigeführt zu haben, der unter Aufgabe der Selbständigkeit der eingefügten Sache zur unmittelbaren Herstellung des Baues beiträgt. Daher ist seine Leistung noch nicht in den Bau verwendet, wenn sie noch nicht in den Bau eingefügt worden ist. Diese Einfügung, die auch in dem bloßen Anfügen bestehen kann, muß soweit erfolgt sein, wie sie dem Baugeldempfänger obliegt. Ob eine Lösung der Arbeiten darauf erfolgt, um diese in gewisser Weise weiter zu bearbeiten, ist nicht von Belang. Durch das Einfügen ist die Abnahme erfolgt und damit die Tätigkeit des Unternehmers beendet. Sind die Türen und Fenster nach ihrer Einpassung und Anhängung wiederum zwecks Polierung herausgenommen, und liegt dem Baugeldempfänger diese Tätigkeit nicht mehr ob, so ist seine Leistung bereits in den Bau verwendet, trotzdem eine Lösung erfolgt ist. Es wird darauf ankommen, ob der zweckmäßige Gebrauch von der Leistung einmal gemacht und ihre Verwendung damit gekennzeichnet ist, wenn auch ihre endgültige Verbindung noch nicht stattgefunden hat (vgl. Hagelberg 76; K. G. Bl. 1910, 28).

Ist die Leistung in dieser Weise in den Bau verwendet, so darf der Baugeldempfänger in Höhe der Hälfte der von ihm geleisteten Arbeit und der von ihm gemachten Auslagen Baugeld für sich behalten. Der Wert der Leistung in ihrer Gesamtheit und besonderen Zweckbestimmung kommt nicht in Betracht. Nicht der Wert des durch seine Arbeit erreichten Arbeitserfolges, vielmehr die von ihm geleistete persönliche Arbeit ist maßgebend. Die für die Leistung in Anspruch genommene Arbeit Dritter kann, wenn sie vom Baugeldempfänger bezahlt ist, für die Höhe der Auslagen in Betracht gezogen werden, sie ist aber nicht als Arbeit des Baugeldempfängers anzusehen. Die Arbeitsleistung des Baugeldempfängers kann geistiger und körperlicher Art sein. Sie kann lediglich in der technischen Leitung und Beaufsichtigung des Baues bestehen oder in handwerksmäßiger Herstellung oder Lieferung von Gegenständen. Die zu berücksichtigenden Auslagen müssen bei der Herstellung, Heranschaffung oder Aufbewahrung entstanden sein. Die Auslagen werden meist zur Bezahlung von angekauftem Material oder von Dienstleistungen dritter Personen gemacht sein. Für Material, welches der Empfänger bereits in Besitz hat, kann ein angemessener Wert, der billigerweise den Einkaufspreis übersteigen darf, als verauslagt angesehen werden. Die Auslagen müssen vom Baugeldempfänger bereits tatsächlich gemacht sein. Noch zu erfüllende Schulden stellen keine Auslagen dar.

Obwohl das Gesetz in erster Linie bei Leistungen des Baugeldempfängers, die „in den Bau verwendet“ worden sind, dem Empfänger einen Abzug vom Baugeld gestattet, dehnt es diese Berechtigung auch für die von ihm geleistete Arbeit und die von ihm gemachten Auslagen aus, auch wenn die Leistung noch nicht in den Bau verwendet worden ist. Damit werden neben den tatsächlich zur Herstellung des Baues verwendeten Leistungen auch solche berücksichtigt, die bereits fertiggestellt oder deren Fertigstellung

bevorsteht, einerlei, ob eine Ablieferung für den Bau, ein Hinschaffen auf den Bauplatz erfolgt ist oder nicht. So kann der Empfänger die Herstellung der für den Bau erforderlichen Fenster und Türen übernommen haben. Obwohl diese sich noch in seiner Werkstatt in Arbeit befinden, kann der Unternehmer für die von ihm bis dahin vorgenommene Arbeit und die gemachten Auslagen sich befriedigen. Diese vor der Verwendung vorgenommene Befriedigung ist bei dem Einbau und der darauf vorgenommenen Befriedigung zu berücksichtigen. Er kann dann nicht mehr den vollen Wert der Leistung für den Abzug vom Baugelde zugrunde legen, sondern muß den vor der Verwendung von ihm berechneten Wert seiner Arbeit und die Auslagen, wofür er bereits Baugeld entnommen hat, in Abzug bringen. Wird die in seiner Werkstatt in Arbeit befindliche Leistung nach ihrer Vollendung überhaupt nicht bei dem Bau gebraucht und hat der Baugeldempfänger bereits zu ihrer Herstellung Baugeld für sich behalten, so lebt in Höhe der gemachten Abzüge die gesetzliche Verwendungspflicht wieder auf.

Es muß nicht nur der Wille des Baugeldempfängers gegeben sein, die nicht auf dem Bau fertigzustellenden Leistungen in den Bau einzufügen, sondern auch die Möglichkeit der tatsächlichen Verwendung. Ist der Baugeldempfänger lediglich als Materiallieferant an der Herstellung beteiligt, so genügt nicht sein Willensentschluß, der diese oder jene Sache aus seinem Warenvorrat für den Verbrauch zum Bau bestimmt, um den halben Wert seiner Arbeit und Auslagen für sich aus dem Baugeld abzuziehen. Darin können noch nicht „geleistete Arbeit“ oder „gemachte Auslagen“ zu sehen sein. Es muß die beabsichtigte Lieferung durch die Tätigkeit des Baugeldempfängers oder auf seine Veranlassung durch die Arbeit eines anderen wenigstens aus seinem Vorrat ausgeschieden sein oder eine besondere Be- oder Verarbeitung für den bestimmten Bau erfahren haben.

Das Recht des Baugeldempfängers besteht darin, daß er in Höhe der Hälfte des angemessenen Wertes Geldbeträge, die ihm auf Grund des Baugeldvertrages gewährt werden, für sich behalten kann, d. h. er ist insoweit von der ihm gesetzlich obliegenden Verpflichtung befreit. Es ist der angemessene Wert der Leistungen oder der geleisteten Arbeit und der gemachten Auslagen für die Berechnung zu beachten, doch so, daß der Wert der Leistung der durch die geleistete Arbeit und die gemachten Auslagen herbeigeführte wirtschaftliche Erfolg in letzter Linie zu entscheiden hat. Daraus ist zu entnehmen, daß nicht die von ihm tatsächlich gemachten Auslagen maßgebend sind. Hat er sich zu seinem Nachteil verrechnet, oder hat er Auslagen gemacht, die überflüssig waren, so wird der Wert der fertigen Leistung nicht von den gemachten Auslagen überschritten und nicht diese für die Berechnung des endgültigen Abzugs von dem Baugelde zugrunde zu legen sein.

Für die Angemessenheit des Wertes, dessen Schätzung zur Zeit der Ausführung zu erfolgen hat, wird ein objektiver Maßstab anzuwenden sein. Wo für die Leistung ein Marktpreis, Börsenpreis, ortsüblicher Preis oder eine Taxe besteht, wird der hiernach sich

richtende Preis den allgemeinen Handelswert darstellen. Ermangelt es an einem derartigen Maßstab für die Wertberechnung, so wird die übliche Vergütung anzusetzen sein. Unter üblicher Vergütung wird jedoch nicht schon diejenige zu verstehen sein, welche Geschäftsleute gemeinhin zu begehren pflegen oder unter sich standesgemäß vereinbart haben. Es muß auch üblich sein, das also Begehrte zu gewähren [1]). Auf den besonderen Wert der Leistung des Baugeldempfängers für den Bau oder den Bauherrn wird nur Rücksicht zu nehmen sein, wenn die Leistung anderswoher zu der üblichen Vergütung nicht zu bekommen gewesen wäre. Ob andererseits der Baugeldempfänger die Leistung infolge von Umständen, die in seiner Person, Wohnort usw. begründet sind, nur für einen höheren Preis, oder ob er sie deshalb besonders billig bewirken kann, wird für die Angemessenheit des Wertes der Leistungen nicht in Frage kommen. (vgl. a. M. Hagelberg 75.)

Die Feststellung der Angemessenheit des Wertes liegt dem Baugeldempfänger ob, der sich sachverständiger Hilfe Dritter bedienen kann und unter Umständen wird bedienen müssen. In einem zu hohen Abzug infolge Überschätzung des Wertes der Leistung kann eine Verletzung des § 1 liegen, die zu einer Schadenersatzpflicht führen kann.

d. Die gesetzlichen Regeln des Abs. 1 und des Abs. 2 können in manchen Fällen derart zusammentreffen, daß dem Baugeldempfänger die Befugnis der Entnahme von Baugeld nach beiden Vorschriften gestattet ist [2]). Das wird angängig erscheinen, wenn in dem Werte der eigenen Leistungen des Baugeldempfängers Bauforderungen enthalten sind, die nach Abs. 1 und Abs. 2 befriedigt werden können. Lieferanten haben das für seine Leistungen erforderliche Material mit der Bestimmung für den Bau geliefert, und Gesellen und Arbeiter haben sich an der Herstellung der Leistung auf Grund von Dienstverträgen beteiligt. Bei Bezahlung der Lieferanten und Arbeiter kann der Baugeldempfänger nach Abs. 1 den vollen Betrag für ihre Befriedigung aus dem Baugeld entnehmen und braucht nicht vom eigenen Gelde diese Baugläubiger in vollem Umfange zu befriedigen, wogegen ihm nach Abs. 2 nur die Entnahme eines Abzugs in Höhe der Hälfte des angemessenen Wertes zustehen würde. Zweifellos wird in solchen Fällen dem Baugeldempfänger die Befugnis zustehen, nach Abs. 1 die Baugläubiger zu befriedigen. Zu beachten bleibt aber, daß eine Befriedigung aus dem Baugeld in voller Höhe der Bauforderungen nach Abs. 1 S. 1 oder eine nachträgliche Entnahme von Baugeld nach Abs. 1 S. 2 dem Baugeldempfänger nur dann gestattet ist, wenn Lieferanten und Arbeiter ihre Verträge unter ausdrücklicher oder stillschweigender Abmachung der Verwendung der Leisung in den Bau abgeschlossen haben. (vgl. oben S. 129 ff.) Ist dies nicht der Fall, so kann für den Bau-

[1]) vgl. Staudinger § 632 Ziff. 5; RG., JW. 1902, 441; OLG. Bd. 20 S. 207; Hilse in Recht 1903, 574; JW. 1905, 106; 1907, 175, 362; Singer, Bl. f. R. A. Bd. 71, 461 f. .

[2]) a. M. grundsätzlich Hillig 32; vgl. jedoch K. B. 48; Mügel 13 ff.; Hagelberg 77; Schneider 44, 45.

geldempfänger nur § 1 Abs. 2 in Betracht kommen und ihm eine Entnahme in Höhe der Hälfte des angemessenen Wertes gestattet sein. Dadurch werden eine Anzahl von Personen, die nur für den Baugeldempfänger auf seinen persönlichen Kredit hin, nicht für den Bau ihre Leistungen bewirkt haben, für eine Befriedigung nach Abs. 1 auszuscheiden haben. In solchen Fällen bleibt dem Empfänger nur ein Rückgriff nach Abs. 2.

Das Zusammentreffen der Vorschriften des Abs. 1 und Abs. 2 wird im übrigen in folgender Weise von dem Baugeldempfänger zu beachten sein. Es steht ihm frei, die mit ihm kontrahierenden Baugläubiger nach Abs. 1 aus dem Baugelde in voller Höhe zu befriedigen, oder nach Verwendung der Leistung in den Bau die Hälfte des angemessenen Wertes der Leistung für sich zu behalten. Bis zur Verwendung der Leistungen in den Bau kann er für geleistete Arbeit oder gemachte Auslagen einen Betrag in derselben Höhe dem Baugeld entnehmen. Hat er jedoch aus anderen Mitteln Baugläubiger befriedigt, so kann er in Höhe der befriedigten Forderungen Baugeld für sich behalten.

Mit der Anwendung dieser ihm eingeräumten Befugnisse kann der Empfänger jederzeit wechseln. Er darf das Baugeld in Höhe der Hälfte des angemessenen Wertes der von ihm in den Bau verwendeten Leistung, der Arbeiten oder Auslagen für sich verwenden und daneben das Baugeld zur Befriedigung seiner Lieferanten und Arbeiter, soweit diese „Baugläubiger“ sind, benutzen, oder es bis zu dem Betrage anderweitig verwenden, mit welchem er aus anderen Mitteln Baugläubiger befriedigt hat. Das Entscheidende ist jedoch, daß er nicht, wenn er nach Maßgabe des Abs. 1 Baugläubiger befriedigt hat, für die dafür geleisteten Werte noch einmal auf Grund des Abs. 2 Baugeld für sich behalten darf. (vgl. K. B. 48; Mügel 13 f.; a. M. Hagelberg 77.) Ebenso wird es dem Empfänger nicht erlaubt sein, wenn er für eigene Leistungen in den Bau einen Abzug vom Baugelde nach Abs. 2 macht und dies Geld in seine Tasche steckt, die an der Leistung beteiligten Baugläubiger dennoch in voller Höhe aus dem Baugeld zu befriedigen. Er darf nur die rückständige zweite Hälfte des Wertes der Leistung diesen aus dem Baugelde auszahlen. Wenn außer den Zahlungen an die Baugläubiger dem Baugeldempfänger daneben unbeachtlich dieser Zahlungen ein Abzug vom Baugeld in Höhe der Hälfte des Wertes erlaubt wäre, so würde dies dazu führen, daß für eine Leistung aus dem Baugeld ein höherer Wert entnommen werden könnte, als dem Bau durch die Leistung hinzugefügt worden ist. Dadurch würde aber der für den Erlaß der Bestimmung maßgebende Gesichtspunkt, für die Werterhöhung des Grundstücks demjenigen, der die Werterhöhung herbeiführt, ein Äquivalent aus dem Baufonds zukommen zu lassen, in unberechtigter Weise durchbrochen werden. Der Wert einer Leistung in den Bau darf daher nur einmal aus dem Baugelde entnommen werden. Daß an dieser Entnahme der Baugeldempränger für seine Beteiligung am Bau Anteil haben soll, hat das Gesetz im Abs. 2 ausdrücklich bestimmt. Ein wirtschaftlicher Vorteil für ihn liegt jedoch in dieser Befugnis nicht, wenn gegen ihn höhere Forder-

ungen dritter Personen als die Hälfte des Wertes seiner Leistung wegen ihrer Anteilnahme bestehen. Nur dann, wenn die Leistung aus eigenen Mitteln oder durch seine persönliche Arbeit vorwiegend hergestellt ist, wird es für den Baugeldempfänger von praktischem Nutzen sein, Baugeld für die Hälfte des Wertes zu entnehmen. Gerade für solche Fälle, wo die eigene persönliche Leistung des Baugeldempfängers den Wertzuwachs des Grundstücks herbeiführt, ist die Befugnis des Abs. 2 geschaffen worden. Die an die bei dieser Leistung beteiligten Baugläubiger bewirkten Zahlungen werden die Berechtigung des Baugeldempfängers zur Entnahme von Baugeld nach Abs. 2 nicht einschränken, wenn diese Baugläubiger nicht mehr als die Hälfte des angemessenen Wertes der Leistung erhalten haben. Insoweit die Zahlungen an diese Baugläubiger die Hälfte des Wertes der durch den Baugeldempfänger bewirkten Leistung überschreiten, muß er sich jedoch die die Hälfte übersteigende Summe auf die ihm zustehende Hälfte anrechnen. Hat er daher Handwerker, Lieferanten oder Arbeiter, welche an seinen eigenen Leistungen sich beteiligt haben und zu den in Abs. 1 S. 1 genannten Personen gehören, mit Baugeld befriedigt, so braucht er die von ihm an diese vorgenommenen Zahlungen nur dann für seinen Anspruch nach Abs. 2 zu berücksichtigen, wenn die Zahlungen mehr als die Hälfte des angemessenen Wertes seiner Leistung betragen. [1])

Dasselbe wird zu gelten haben, wenn die Leistung noch nicht in den Bau verwendet worden ist. Der für die geleisteten Arbeiten und gemachten Auslagen erfolgte Abzug nach Abs. 2 verringert die Befriedigungsverpflichtung nach Abs. 1 für die an der Leistung als sog. Nachmänner beteiligten Baugläubiger in Höhe des Abzugs, der bis zur Hälfte des Wertes der Leistung zulässig ist. Auf der anderen Seite wird aber wiederum der dem Empfänger nach Abs. 2 zustehende Abzug sich verringern, wenn über die Hälfte des Wertes der Arbeit und Auslagen Personen, die an der Herstellung der Leistung des Baugeldempfängers beteiligt gewesen sind, nach der Verwendung in den Bau Befriedigung aus dem Baugeld erhalten haben, bevor der Abzug vorgenommen worden ist. Während der Arbeit vor der Verwendung in den Bau können die dritten Personen überhaupt nur dann aus dem Baugeld Befriedigung erhalten, wenn sie als Baugläubiger anzusehen sind.

Als praktisches Beispiel diene folgendes: Der Empfänger hat

[1]) a. M. Hagelberg 77, 78 nach dem die gezahlten Beträge in jedem Umfang und in jeder Höhe auf die Hälfte des Wertes anzurechnen sind, die er dem Baugeld zu entnehmen berechtigt sein soll. „Er kann zwar seine Lieferanten und Arbeiter, welche an jener Leistung beteiligt sind, mit Baugeld bezahlen, muß sich aber diese Beträge auf die Hälfte des Wertes anrechnen.“ Eine derartige einschränkende Auslegung ist mit dem Wortlaut und dem Willen des Gesetzes nicht zu vereinen. Zudem ist nicht erklärlich, weshalb, wie Hillig mit Recht unter Hinweis auf § 28 Bauf. S. G. anführt, eine Teilung der Leistung des Baugeldempfängers in die Leistung seiner Arbeiter und Lieferanten und seine eigene Leistung ausgeschlossen sein soll. Andererseits findet aber auch die Ansicht Hillig's (32) keine Stütze im Gesetz, nach der, soweit Arbeiter oder Lieferanten die Leistung des Baugeldempfängers ausführen, keine Beteiligung des Baugeldempfängers an der Bauherstellung im Sinne des Abs. 2 anzunehmen ist und er deshalb insoweit kein Baugeld nach Abs. 2 für sich behalten darf.

die Töpferarbeiten des Baues für die angemessene Vergütung von 7000 Mk. übernommen. Vor der Verwendung dieser Leistung in den Bau hat er Auslagen in Höhe von 3000 Mk. gehabt und auf die Herstellung des Materials zum Einbau Arbeiten im Werte von 1000 Mk. geleistet. Er kann 2000 Mk. aus dem Baugelde schon jetzt für sich behalten. Es ist dabei unerheblich, ob er das Material mit der Bestimmung der Verwendung in den Bau sich hat liefern lassen, und ob er die Arbeitsleistung Dritter für die Herstellung in Anspruch genommen hat. Ist dies der Fall, so kann er diese Personen, bevor sie nicht als Baugläubiger im Sinne des Abs. 1 S. 1 anzusehen sind, nicht in Höhe der restierenden 2000 Mk. aus dem Baugelde befriedigen. Bezahlt er diese, sei es, daß sie für die Verwendungspflicht bereits oder überhaupt nicht in Betracht kommen, aus dem für sich entnommenen Baugelde, so scheiden diese in Höhe der Befriedigung auf jeden Fall für die Verwendungspflicht aus, ohne daß der Empfänger geltend machen dürfte, daß er „aus anderen Mitteln Gläubiger der bezeichneten Art bereits befriedigt" habe und er demzufolge nach Abs. 1 S. 2 eine anderweitige Verwendung des Baugeldes vornehmen dürfe. Erfolgt die Verwendung der Leistung in den Bau, so kann der Empfänger als Unternehmer des Werks noch 1500 Mk. für sich aus dem Baugeld entnehmen, auch wenn er zum größten Teil auch bei dem Einbau sich der Hilfe anderer bedient hat. Die an seiner Leistung als unmittelbare oder mittelbare Baugläubiger geltenden Personen kann er nach Entnahme von 3500 Mk. für sich noch in Höhe von 3500 Mk. aus dem Baugelde befriedigen. Hat der Empfänger für die Materiallieferungen und Arbeiten andere Baugläubiger, die an seiner Leistung teilnehmen, in Höhe von 6000 Mk. aus dem Baugeld befriedigt, so darf er nur noch 1000 Mk. für sich aus dem Baugelde behalten.

Übt der Baugeldempfänger eine Unternehmertätigkeit aus, die in der Beaufsichtigung und Leitung des Baues besteht, so wird entgegen den Ausführungen des K. B. (vgl. Hagelberg 63, 74; Schneider 44; A. M. Friedlaender 348 f.; Mügel 12; Hillig 32) der Empfänger die Hälfte des angemessenen Wertes seiner Mühewaltung dem Baugeld entnehmen können. Zwar wird oft der Wert dieser Unternehmertätigkeit nur gering oder nur ideeller Natur sein. Als Maßstab wird zu gelten haben, ob und welche Vergütung zu zahlen gewesen wäre, wenn eine andere Person diese Tätigkeit übernommen hätte.

In der Vorschrift des Abs. 2 liegt für den unredlichen Baugeldempfänger eine günstige Ausnahmeregel, indem ihm die Möglichkeit gewährt wird, Baugeld den Baugeldempfängern zu entziehen, ohne dadurch die gesetzliche Pflicht zu verletzen und der Bestrafung ausgesetzt zu sein. Um die hierin liegende Gefahr für die Baugläubiger zu erkennen, wird zu unterscheiden sein, ob der Baugeldempfänger zur Herstellung eigener Leistungen sich vorwiegend der Hilfe und der Mittel Dritter bedient, oder ob er aus eigenem Vorrat und durch persönliche Arbeit die Kosten der Leistung zum größten Teil selbst trägt. Hatte der Empfänger bei der Herstellung

von Gegenständen besonders große Auslagen infolge hoher Arbeitslöhne machen müssen und ist die von ihm selbst geleistete Arbeit im Vergleich zu dieser Hilfe Dritter gering, so kann der Baugeldempfänger zwar die Lieferanten und Arbeiter nach Abs. 1 aus dem Baugeld befriedigen. Er verletzt aber auch nicht die gesetzliche Pflicht, wenn er die Hälfte des Wertes „seiner" Leistung für sich behält, das Geld für seinen eigenen Bedarf ausgibt und die Gläubiger, die jetzt nur noch in Höhe der Hälfte des Wertes der Leistung Baugläubiger sind, nicht befriedigt. Dadurch kann der Empfänger einen erheblichen Teil des Baugeldes an sich bringen, zumal, wenn er es versteht, sich von dem Bauunternehmer oder Eigentümer Arbeiten übertragen zu lassen, die er dann vorwiegend mit Hilfe und auf Kosten anderer fertigstellt. Lediglich die Bestimmung des Abs. 2 auf eigene persönliche Arbeiten oder auf Lieferungen, die er aus seinem Vorrat entnimmt, zu beschränken, findet im Gesetz keine Handhabe, da das Gesetz selbst von Auslagen spricht, und die Leistung von dem Empfänger in den Bau verwendet ist, auch wenn er die fertige Leistung lediglich in den Bau einfügt oder sie anbringt.

IV. Abschnitt.

Die Rechtsfolgen der Pflichtverletzung.

§ 14. Die zivilrechtlichen Folgen einer Verletzung.

Die Rechtsfolgen einer Verletzung der gesetzlichen Verwendungspflicht können mannigfacher Art sein. Außer der im Gesetz besonders geregelten strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Baugeldempfängers nach § 5 kann die Übertretung der Verpflichtung zur bestimmungsgemäßen Verwendung auf vertraglichem und gesetzlichem Schuldgrund beruhende vermögensrechtliche Nachteile für den Baugeldempfänger und dritte Personen nach sich ziehen. Es kann aber auch die Übertretung des § 1 zu einem, vorwiegend im öffentlichen Interesse liegenden Verbot der Ausübung des Gewerbebetriebes durch den Baugeldempfänger, falls dieser Gewerbetreibender ist, führen.

I.

Neben der dem Baugeldempfänger auf Grund des Gesetzes obliegenden Verpflichtung kann seine vertragliche Haftung zu beachten sein, die ihn durch Verletzung eines den Baugläubigern zustehenden Rechtes treffen kann. Diese vertragliche Verpflichtung kann inhaltlich mit der ihm auf Grund des § 1 obliegenden Pflicht übereinstimmen. Auf Grund des Bauvertrages mit einem Baugläubiger besteht für den Baugeldempfänger, auch wenn er zugleich der Besteller ist, eine schuldrechtliche Haftung mit dem Baugeld nicht, d. h. die rechtliche Belangbarkeit wegen einer bestimmten Schuld derart, daß er aus dem Baugeld zahlen muß. Für den Fall, daß eine Bauforderung nicht getilgt wird und auch der Gläubiger

aus dem Baugeld keine Befriedigung erlangt, kann er sich nur an seinen persönlichen Schuldner halten. Ist dieser zugleich der Baugeldempfänger, so kann der Baugläubiger diesen in gleicher Weise mit der Kontraktsklage belangen. Eine derartige Berechtigung ist die begriffsnotwendige Folge der obligatorischen Beziehungen zwischen den Parteien. Diese Klage geht aber nur auf Erfüllung der vertraglichen Leistung, auf Zahlung einer Geldschuld schlechthin, nicht auf Zahlung aus den Baugeldbeträgen. Ob der Besteller überhaupt im Besitze von Baugeld ist, wird für die Substanziierung der Klage und die Verurteilung des Schuldners belanglos sein. Die Haftung des Schuldners für eine Schuld ist nach modernem Recht grundsätzlich Vermögenshaftung. Nur in besonderen Fällen kann die Haftung gesetzlich auf einen Vermögensteil beschränkt sein.[1]) Doch wird eine analoge Spezialisierung der Haftung vertraglich für den Baugeldempfänger herbeigeführt werden können (vgl. Staudinger II, Vorb. S. 11; Planck II, S. 7, 8; Oertmann II, 7 Bem. 6). Weder aus § 1 des Bauf. S. G., noch aus dem Bauvertrag wird eine auf das Baugeld gegenständlich oder in seiner Höhe rechnerisch beschränkte Haftung ohne besondere Abmachung gegeben sein.

Die vertragliche Zahlungspflicht des Baugeldempfängers als des Bestellers der Bauleistung enthält nicht ohne weiteres eine Verpflichtung auf Zahlung aus dem Baugeld. Der Bauvertrag gewährt dem Baugläubiger ein derartiges Recht nicht. Die vertragliche Verpflichtung des Bestellers besteht unabhängig von dem Vorhandensein von Baugeld. Nur für die zwangsweise Befriedigung durch den Baugläubiger würde das Vorhandensein von Baugeld in den Händen des Baugeldempfängers oder ein diesem zustehender Baugeldanspruch von Wert sein. Durch Pfändung des Baugeldes oder des Baugeldanspruches und Überweisung zur Einziehung kann sich der Baugläubiger aus dem Baugeld wider den Willen des Empfängers befriedigen. Dieses Vorgehen jedoch ist ausgeschlossen, wenn der Baugeldempfänger über das Geld oder den Anspruch rechtswirksam verfügt hat, oder der Baugläubiger keinen vollstreckbaren Titel gegen den Empfänger erwirken kann.

1.) Für eine Pfändung des Baugeldes oder Baugeldanspruchs durch einen Baugläubiger wird daher von Bedeutung sein, ob eine rechtswirksame Verfügung über das Baugeld oder den Baugeldanspruch vorliegt, wenn der Baugeldempfänger durch die Verfügung gegen die ihm obliegende Verwendungspflicht verstoßen hat. Den Verfügungen, wie Zahlungen aus dem Baugeld oder Abtretung von Baugeldansprüchen an Baufremde, werden in dieser Beziehung alle Rechtsgeschäfte gleichstehen, durch die eine dem Gesetz nicht entsprechende Verwendung von Baugeld vereinbart wird, oder durch die der Baugeldempfänger sich verpflichtet, über Baugeld in einer zweckwidrigen Weise zu verfügen. Es wird gleichgültig sein, ob zweiseitige Rechtsgeschäfte vorliegen oder der Baugeldempfänger eine einseitige Verpflichtung übernommen hat. (vgl. Hagelberg 89,

[1]) wie dies in den §§ 1975-92, 2014, 2015 BGB. für die Haftung der Erben gegenüber den Nachlaßgläubigern oder in den §§ 1191 ff., 1199 ff. BGB. für die Haftung mit dem Grundstück für eine Grund- oder Rentenschuld bestimmt ist.

Schneider 45.) Sind derartige Rechtsgeschäfte als rechtsgültig anzusehen, so liegt eine wirksame Verfügung über das Baugeld oder den Baugeldanspruch vor, und eine Pfändung durch den Baugeldempfänger muß für unzulässig erklärt werden.

Hat der Baugeldempfänger über die gewährten Geldbeträge in anderer Weise, als es das Gesetz vorschreibt, verfügt, so ist diese Verfügung nicht den Baugläubigern gegenüber deshalb unwirksam, weil in § 1 ein gesetzliches Veräußerungsverbot enthalten ist, das den Schutz bestimmter Personen bezweckt. An sich steht nichts im Wege, um eine bestimmte Verwendung von Baugeldern zu erzwingen, dies im Wege der Anwendung eines Veräußerungsverbots zu erreichen. Nach Schneider (46) stellt auch die Willenserklärung, die bezweckt, das Baugeld außenstehenden Personen zuzuführen, eine Verfügung über einen Gegenstand gegen ein gesetzliches öffentlich-rechtliches Veräußerungsverbot dar, das nur den Schutz bestimmter Personen bezweckt. Er vergleicht die Vorschrift mit der Anordnung einer Testamentsvollstreckung (§ 2211 BGB.) oder der Verfügungsberechtigung einer Ehefrau (§ 1399). Die Willenserklärung, die gegen § 1 verstößt, soll, ebenso wie die Aufrechnung (in Analogie des § 394 BGB.) nach § 135 BGB. nichtig sein. Ein derartiges Veräußerungsverbot im Sinne des § 135 BGB. stellt jedoch der § 1 weder ausdrücklich auf, noch liegt in der gesetzlichen Verpflichtung zugleich eine derartige Verfügungsbeschränkung. § 1 enthält keine Unwirksamkeitserklärung für bestimmte Handlungen, er ordnet vielmehr nur eine bestimmte Verwendung der Baugelder an und schreibt als Übertretungsfolge und als Mittel zu Erzwingung der Einhaltung der Verpflichtung ausdrücklich in § 5 die Bestrafung, keine Unwirksamkeit vor. Gegenüber dieser positiven Regelung ist die Annahme einer weiteren Folge, der Unwirksamkeit, willkürlich. Zudem wäre das praktische Ergebnis ein geringes; der gutgläubige Erwerb würde meist den Empfänger schützen (§ 135 Abs. 2 BGB.). Daß inzidenter in einer solchen Verpflichtung ein Verfügungsverbot zu anderen Zwecken enthalten ist, wie Hillebrand (Berl. Tagebl., Zentralmarkt für Grundstücks- usw. Verkehr 1909 Nr. 414 und 457) annimmt, ist zutreffend von Hagelberg (vgl. ebenda 1909 Nr. 429, Komm. S. 21) zurückgewiesen. Dieser hebt hervor, daß ein Veräußerungsverbot nicht als selbstverständlich, gewissermaßen als begriffsnotwendiger Wesensbestandteil einer solchen Verpflichtung anzusehen ist und verweist auf die analoge Verpflichtung des Vormunds zur Anlegung von Mündelgeld (§ 1806 BGB.) und der Privatversicherungsgesellschaft zur Anlegung der Prämienreserven.

Da § 1 kein Verbotsgesetz im Sinne des § 134 BGB. ist, sind auch die eine Entfremdung von Baugeld bezweckenden Rechtsgeschäfte nicht aus diesem Grunde nichtig. Nun wird aber die Übertretung des § 1, die in einem derartigen rechtsgeschäftlichen Handeln gegeben ist, mit Strafe bedroht. Hierin liegt zwar ein Verbot dieses Handels. Dennoch läßt sich nicht allgemein sagen, daß damit auch das durch dieses Handeln herbeigeführte Rechtsgeschäft oder die Übertragung für nichtig zu erklären ist. Trotz der Strafandrohung kann sich nämlich „aus dem Gesetz ein anderes“ ergeben.

Dies ist dann der Fall, wenn der offensichtliche Zweck des Gesetzes nicht dahingeht, die durch die verbotene Handlung eintretende Veränderung in der Privatrechtssphäre der Beteiligten zu verhindern, sondern die Handlung selbst als ein dem öffentlichen Interesse zuwiderlaufendes Ereignis. Dies letztere will aber die gesetzliche Verwendungspflicht. Der Zweck des Gesetzes ist nicht, vermögensrechtliche Veränderungen zwischen dem Baugeldempfänger und Baufremden der zivilrechtlichen Wirksamkeit zu entkleiden und damit auszuschalten.

Die Vorschrift des § 1 richtet sich nicht gegen Rechtsgeschäfte, und § 5 wendet sich nicht gegen die zivilrechtliche Gültigkeit oder Ungültigkeit der von ihm mit Strafe bedrohten Handlung, wenn auch diese Bestandteil des Rechtsgeschäftes ist. Ein Vertrag ist aber nicht schon dann nichtig, wenn seine Vornahme oder Erfüllung für einen der Vertragschließenden den Tatbestand einer strafbaren Handlung enthält.[1]) Und mindestens eine von den im Vertrage enthaltenen Willenserklärungen ist eine nichtdeliktische. In vielen Fällen wird aber der Baugeldempfänger, wenn er Vertragskontrahent des Baugläubigers ist, Baugeld in der Absicht an Baufremde übertragen, um seine Gläubiger zu benachteiligen und das Geld für sich im bewußten Zusammenwirken mit seinem Gegenkontrahenten beiseite zu schaffen. Es wird nicht schwer sein, diese fraudulose Absicht nachzuweisen. Derartige Rechtsgeschäfte, die in der dem anderen Teil bekannten Absicht geschlossen sind, die Gläubiger des Baugeldempfängers zu benachteiligen, sind jedoch nicht schon nach § 134 BGB., oder nach § 138 nichtig (anders Hagelberg 89). Denn es werden hier die Bestimmungen des Anfechtungsgesetzes und der Konkursordnung eingreifen. Diese Gesetze erklären fraudulöse Rechtsgeschäfte für anfechtbar (§ 29 KO., § 1 A. G.), aber auch nur für anfechtbar. Die Bestimmungen der KO. § 31 Nr. 1 und des Anfechtungsgesetzes § 3 Nr. 1 wären sonst bezüglich der fraudulösen Geschäfte völlig überflüssig, wenn § 134 oder § 138 BGB. schon zuträfe. Die Nichtigkeit würde den benachteiligten Gläubigern nicht nur dieselbe, ja sogar noch wirksamere Hilfe gewähren, sondern auch weniger Voraussetzungen, nämlich nicht den Nachweis der tatsächlich eingetretenen Benachteiligung, erfordern. Dem Gesetzgeber kann aber nicht zugetraut werden, daß er völlig überflüssige Bestimmungen hat treffen wollen (vgl. RG. Bd. 69, 145, 146; ferner RG. in Gruchot Bd. 49, 251; RG. Bd. 56, 230). Haftet diesen Rechtsgeschäften jedoch noch ein anderer Mangel an, als der, daß sie in der dem anderen Teil bekannten Absicht geschlossen sind, die Baugläubiger zu benachteiligen, so können die Rechtsgeschäfte nach § 138 BGB. nichtig sein. Über den Maßstab für den Begriff der guten Sitten hat sich das Reichsgericht (RG. Bd. 48, 124) dahin ausgesprochen, es sei nicht ausgeschlossen, daß auf die Sittenanschauung eines bestimmten Volkskreises Rücksicht genommen wird, wenn sich in ihr die herrschende Sitte ausprägt; damit sei

[1]) Mot. z. BGB. Bd. I, 210; OLG. Bd. 5, 102; RG. 6, 170; 18, 221, 60, 277; DJZ. 1905, 745 Nr. 60; Schneider 45.

aber nicht zu verwechseln eine im Verkehr tatsächlich vorkommende Geschäftspraxis, welche möglicherweise nicht sowohl eine Sitte, als vielmehr eine Unsitte sein kann (OLG. Bd. 5 Nr. 21 d, S. 109).

Hat der Baugläubiger den Wegfall des zwischen dem Baugeldempfänger und einem Baufremden abgeschlossenen Geschäfts herbeigeführt, so ist dieser auf Kosten des Baugeldempfängers (nicht der Baugeldgläubiger, wie Budde, Bank-Arch. 7, 247, annimmt, vgl. Hagelberg 89; RG. Bd. 66, 80; JW. 1908, 432) bereichert. Diesen Bereicherungsanspruch kann der Baugläubiger pfänden und auf diese Weise von dem Dritten Befriedigung zu erlangen suchen.

2. Einen vollstreckbaren Titel kann der Baugläubiger gegen den Baugeldempfänger erlangen, wenn entweder dieser selbst sein Vertragsgegner ist oder sein Vertragsgegner zu diesem in einem pfändbaren Regreßverhältnis steht. Auch kann der Baugeldempfänger dem Bauvertrag beigetreten sein oder sich in rechtlich wirksamer Weise dem Baugläubiger zur Zahlung schlechthin oder zur Zahlung aus einer Baugeldrate verpflichtet haben.

Die vertragliche Verpflichtung des Baugeldempfängers als des Bestellers der Leistung besteht in der Tilgung der Forderungen des Baugläubigers, ohne daß ihn eine vertragliche Pflicht trifft, aus dem als Baugeld empfangenen Betrage diese Erfüllung zu bewirken. Hat der Baugeldempfänger die Verpflichtung entweder im Bauvertrage oder in einer besonderen Vereinbarung übernommen, durch Zahlung aus dem Baugelde oder bestimmten Raten des Baugeldes den Baugläubiger zu befriedigen, so wird für eine Berechtigung der Baugläubiger maßgebend sein, welchen rechtlichen Gesichtspunkten dieses Versprechen zu unterwerfen ist. Hierfür wird es in erster Linie auf die Umstände des einzelnen Falles ankommen. Die rechtliche Beurteilung der Verpflichtungsart kann nicht nach einem einheitlichen Gesichtspunkt erfolgen. Die einzelnen Fälle werden bei aller wirtschaftlichen Gleichheit rechtlich sehr verschieden liegen. Es ist deshalb im einzelnen Falle zu prüfen, welchen Inhalt die von dem Empfänger, den die Baugläubiger wegen der Bezahlung ihrer Arbeiten und Lieferungen belangen wollen, übernommene Verpflichtung hat.

a) Als allgemeine Folgen werden beim Vorliegen eines derartigen Versprechens des Baugeldempfängers folgende eintreten können. Die Erfüllung dieser persönlichen Verpflichtung wird mit der Einhaltung der Gegenleistung derart in Verbindung stehen, daß die Verletzung oder die Unmöglichkeit der Verpflichtung den Baugläubiger zum Rücktritt oder Schadenersatz berechtigen würde (§§ 276, 326, 249 ff. BGB). Eine Unmöglichkeit der Erfüllung kann dann vornehmlich eintreten, wenn der Baugeldgeber infolge eines Umstandes, den der Baugeldempfänger zu vertreten hat, vom Baugeldvertrage zurücktritt. Dann wird auch der Rücktritt des Bauhandwerkers oder Lieferanten gerechtfertigt sein (vgl. RG. Recht 1908 Nr. 3112; ferner Hagelberg 68). In dem Vorenthalten des Baugeldes wird der Eintritt einer wesentlichen Verschlechteruug in den Vermögensverhältnissen des Bestellers zu sehen sein und bei einer Vorleistungspflicht den Bauhandwerker oder Lieferanten gemäß § 321 BGB. berechtigen, die Leistung bis zur Bewirkung der Gegenleistung zu verweigern.

Der Vertragsgegner des Baugeldempfängers kann aber auch auf Erfüllung der Vertragspflicht klagen. Dieses Klagebegehren wird zum Inhalt haben, den Baugeldempfänger zu verurteilen, entweder aus der einzelnen Rate, aus der Zahlung versprochen ist, oder aus dem Baugeld in Höhe der Forderung die Befriedigung des Unternehmers durch Barzahlung oder Zession vorzunehmen. Der Unternehmer kann, um seinen künftigen Erfüllungsanspruch zu erhalten, von dem Besteller auch verlangen, daß er es unterläßt, über das Baugeld oder die einzelne Rate in Höhe der zukünftigen Forderung zu verfügen, den Baugeldanspruch abzutreten oder sich aus dem Baugeld zu einer Zahlung in einer Höhe zu verpflichten, durch deren Erfüllung die vertragliche Verpflichtung dem Unternehmer gegenüber beeinträchtigt würde. Nicht nur im Falle der Rechtsverletzung, sondern auch der Rechtsgefährdung muß eine Klage gegeben sein. Damit ist aber nicht gesagt, daß dem Unternehmer ein Recht zusteht, eine gesetzmäßige Verwendung des Baugeldes zu verlangen. Sein Anspruch geht nur soweit, als sein Vertragsrecht geht. Während der Inhalt der gesetzlichen Verpflichtung die Verwendung des Baugeldes zu Gunsten von Baugläubigern ist, wird das vertragliche Recht auf Befriedigung aus einem bestimmten Vermögensobjekt oder auf Unterlassung von Handlungen, die diese Befriedigung vereiteln, zu richten sein. Damit wird das Klagerecht des Unternehmers von dem Vorliegen bestimmter Voraussetzungen abhängig und auf die Erreichung eines bestimmten Zweckes begrenzt. Eine Verschiedenheit der Rechte des Unternehmers wird nicht dadurch eintreten, ob vertraglich Zahlung aus einer bestimmten Baugeldrate oder aus dem Baugelde versprochen ist. Denn die Verpflichtung wird in jedem Falle nur einen Teil des Baugeldes oder der Baugeldrate zum Gegenstand haben, und es kann daher gleichgültig sein, ob das Baugeld auf einmal oder in Raten gezahlt wird (a. M. anscheinend Hagelberg 68, 71).

b) Ist der Baugeldempfänger nicht zugleich der Besteller der Bauleistung, so kann auch dann von ihm die den Baugläubigern gegenüber wirksame Verpflichtung übernommen werden, eine Befriedigung ihrer Bauforderungen herbeizuführen. In einem derartigen Versprechen kann eine persönliche Verpflichtung des Baugeldempfängers zu sehen sein, die in einer unbeschränkten oder auf das Baugeld beschränkten Haftung bestehen kann. Die Vermutung spricht dafür, daß in der Regel eine auf das Baugeld beschränkte Verpflichtung des Baugeldempfängers geschaffen werden sollte. Doch kann aus den Umständen, vor allem aus dem wirtschaftlichen Interesse des Baugeldempfängers an der Leistung, auf seine unbeschränkte persönliche Verpflichtung geschlossen werden, die auch ausdrücklich vereinbart werden kann. Wenn ein Treuhänder Baugeldempfänger ist, so wird auch gegen ihn bei einem derartigen Auftragsverhältnis für den Baugläubiger kein unmittelbarer Zahlungsanspruch bestehen, sofern nicht ein besonderes Zahlungsversprechen von ihm abgegeben ist. Dieses wird jedoch bei einem Treuhänder auf die Haftung aus dem Baugeld beschränkt sein, wenn nichts anderes ausdrücklich vereinbart ist oder nicht ein besonderes

Interesse an der Erfüllung der Bauleistungen für ihn besteht (vgl. RG. Recht 1909 Nr. 2374).

Ist auch die Verpflichtung des Baugeldempfängers auf das Baugeld beschränkt, so kann der Baugeldempfänger einer Klage der Baugläubiger nicht den Einwand entgegensetzen, das Baugeld nur zur anteiligen oder alleinigen, nur für die übrigen am Bau beteiligten Personen ausreichenden Verwendung gebrauchen zu wollen. Er hat auf Grund des besonderen Versprechens die nur insoweit beschränkte Verpflichtung, als er Baugelder empfangen hat und diese zur Bezahlung der Forderung ausreichen, diese auch zu Gunsten des Versprechensempfängers zu verwenden (vgl. Hagelberg 70; OLG. Hamb. Recht 1908, Nr. 1340).

Das von dem Baugeldempfänger eingegangene Versprechen kann unter verschiedene rechtliche Vertragstypen fallen. Es kann als abstraktes Schuldversprechen oder als Garantievertrag aufgefaßt werden. Andererseits kann aber auch eine privative oder kumulative Schuldübernahme, eine Bürgschaft oder ein Kreditauftrag vorliegen. Oder aber der Anspruch des Baugläubigers gegen den Baugeldempfänger ist auf Grund einer von diesem angenommenen Anweisung des Bestellers begründet. Da jedoch besondere Formvorschriften bei einigen Rechtsinstituten gewahrt sein müssen, können die Vereinbarungen ihrem Zweck und Inhalt nach nur dem einen Rechtsinstitut unterfallen, wegen mangelnder Form jedoch nichtig sein. Die Feststellung, welche Verpflichtung übernommen ist, wird daher oft von entscheidender Bedeutung für das Bestehen einer Haftung des Baugeldempfängers sein.

Die unterscheidenden Merkmale zwischen den einzelnen Rechtsinstituten werden folgende sein: Ein selbständiger Garantievertrag wird gegeben sein, wenn für einen bestimmten Erfolg eingestanden oder eine bestimmte Schadensgefahr übernommen wird (Vgl. RG. Bd. 61, S. 157, 160; Recht 1909 Nr. 652; Gruchot Beitr. Bd. 51, S. 595). Wird Garantie geleistet für die Zahlungsfähigkeit des Bestellers, so liegt ein Bürgschaftsvertrag vor (JW. 1909, S. 722. Nr. 13; 1910, S. 231, Nr. 8). Denn hierin ist ein Vertrag zu sehen, durch den sich der Baugeldempfänger gegenüber dem Baugläubiger verpflichtet, für die Erfüllung der Verbindlichkeit des Dritten einzustehen. Es kann ein als „Bürgschaft" bezeichnetes Rechtsgeschäft in Wahrheit doch auch Garantievertrag sein und umgekehrt (Vgl. OLG. (K. G.) Bd. 20, 237; Recht 1909, Nr. 2108). Mit der Bürgschaft ist ferner der Kreditauftrag verwandt. Unter einem Kreditauftrag versteht man ein Auftragsverhältnis, auf Grund dessen der Beauftragte sich verpflichtet, einem Dritten im eigenen Namen und auf eigene Rechnung Kredit zu geben. Vom wirtschaftlichen Standpunkt wird Kreditauftrag dann anzunehmen sein, wenn der Baugeldempfänger, z. B. als Eigentümer der Baustelle, ein Interesse daran hat, daß der Bauhandwerker oder Lieferant seine Leistung zu dem Bau beiträgt (vgl. Urt. d. RG., JW. 1910, 809). Dann hat der Baugeldempfänger ein eigenes Interesse an den Lieferungen, und unter diesen Umständen kann seine Verpflichtungserklärung gegenüber dem Beauftragten allerdings als Auftrag, an diesen auf seinen Kredit

zu liefern, ja sogar als Mitbestellung, die ihn gemeinschaftlich mit dem Besteller für den Kaufpreis verpflichtet, mithin als Kreditauftrag gemäß § 771 BGB. oder als Gesamtschuld nach § 421 BGB., aufgefaßt werden (JW. 1910, 809). Rechtlich besteht der Unterschied zwischen Bürgschaft und Kreditauftrag darin, daß zwar die Bürgschaft auch für eine künftige Verbindlichkeit übernommen werden kann (§ 765 Abs. 2 BGB.); sie erfolgt aber regelmäßig im Hinblick auf eine bereits bestehende Schuld. Der Kreditauftrag dagegen wird vor Erteilung der Bestellung an die einzelnen Baugläubiger vorkommen (Hagelberg 70) und bezweckt, die Begründung oder Fortdauer eines Schuldverhältnisses hervorzurufen. Erst infolge der Kreditgewährung entsteht die bürgschaftliche Haftung des Auftraggebers, während für die vorhergehende Zeit die Vorschriften über den Auftrag maßgebend sind. Bei einer privativen Schuldübernahme (§ 414 BGB.) tritt der Baugeldempfänger an die Stelle des bisherigen Schuldners. Der Besteller würde damit befreit werden. Ein derartiger Vertrag wird jedoch selten gewollt sein, weil der Baugläubiger dadurch unter Umständen schlechter gestellt wird. Anders jedoch bei der kumulativen Schuldübernahme. Der Baugeldempfänger tritt neben, nicht an Stelle des bisherigen Schuldners. Dadurch wird ein Gesamtschuldverhältnis begründet. Es kann sowohl durch Vertrag des Baugeldempfängers mit dem Gläubiger, wie auch mit dem schon vorhandenen Schuldner eingegangen werden. Auf diese Weise kann auch eine privative Schuldübernahme abgeschlossen werden, jedoch bedarf es bei diesem Rechtsgeschäft in jedem Falle der Zustimmung des Gläubigers. Von der Bürgschaft, durch die sich der Baugeldempfänger dem Gläubiger des Bestellers gegenüber verpflichten würde, für die Erfüllung der Verbindlichkeiten dieser einzustehen, unterscheidet sich die kumulative Schuldübernahme rechtlich dadurch, (vgl. Reichel, die Schuldübernahme S. 66 ff.) daß der Mitübernehmer dieselbe Leistung, wie der erstere Schuldner schuldet, und er daher, jedoch nicht der Bürge, Gesamtschuldner mit dem Urschuldner ist; der Bürge schuldet aus eigenem Schuldgrund und nicht aus dem Grunde der Hauptschuld. Der Mitübernehmer schuldet jedoch stets und notwendig aus dem gleichen Schuldgrunde, wie der Urschuldner selber (RG. Bd. 67, 128 f.). Daraus ist zu folgern, daß die Schuld des Bürgen stets und notwendig akzessorisch ist, die Schuld des Übernehmers aber, wenn auch abhängig von der Urschuld, jedoch nicht akzessorisch zu ihr ist. Vorwiegend wird nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten zu entscheiden sein, ob eine Schuldübernahme oder Bürgschaft gewollt sein wird. Zwar wird der Übernehmer, wie regelmäßig auch der Bürge, ein eigenes persönliches Interesse an dem Vertrage haben (vgl. JW. 1908, S. 677). Für Schuldübernahme spricht jedoch, wenn ein sachliches, wirtschaftliches oder rechtliches Interesse an der Leistung des Gläubigers, als des Eigentümers der Baustelle, Hypothekengläubigers usw., in dem Maße vorliegt, daß angenommen werden kann, der Erklärende würde, wenn eine Verpflichtung zu dieser Leistung nicht oder nicht mehr bestehen sollte, den Vertrag selbst abgeschlossen haben (vgl. RG. in JW. 1909, S. 459, Ziff. 14). Zu erwähnen ist noch, daß aus den

besonderen Umständen bei Vertragsabschluß sich ergeben kann, daß der Baugeldempfänger hoffte oder hoffen konnte, auf Zahlung nicht in Anspruch genommen zu werden. Dann wird im Zweifel ein Bürgschaftsversprechen gewollt sein, weil er sich für eine fremde Verbindlichkeit verpflichtete. War es ihm jedoch bewußt, daß er zahlen muß, so spricht dieser Umstand in Zweifel für eine eigene Bestellung hinsichtlich der noch nicht ausgeführten Arbeiten, einen neuen Werkvertrag, oder für eine kumulative Schuldübernahme hinsichtlich der bereits fertiggestellten, wie noch zu leistenden Arbeiten, weil er dann das Bewußtsein hat, mit dem Zahlungsversprechen eine eigene Verbindlichkeit eingegangen zu sein, für die er selbst aufkommen muß.[1]) Auf eine kumulative Schuldübernahme kann des weiteren § 780 BGB. anzuwenden sein, wenn aus den maßgebenden Erklärungen der besondere Wille sich ergibt, eine selbständige, vom Verpflichtungsgrunde losgelöste Verpflichtung neu zu begründen. Dann tritt der Baugeldempfänger nicht in die causa des Urvertrages ein, und es handelt sich nicht mehr um die Übernahme einer fremden Schuld, sondern um ein völlig selbständiges abstraktes Schuldversprechen im Sinne des § 780 BGB. (Vgl. Staudinger II § 780, I, Ziff. 6; Reichel 180 ff.; RG., Recht 1910, Nr. 891).

Für die Form der einzelnen Verpflichtungserklärungen wird zu gelten haben, daß bei einer Bürgschaft und einem abstrakten Schuldversprechen gesetzlich Schriftform verlangt wird, während die übrigen Rechtsgeschäfte formfrei sind. Sowohl der Garantievertrag, wie der Kreditauftrag unterliegen keiner Formvorschrift[2]). Mit Rücksicht auf die Formalisierung und den verwandten Charakter der Bürgschaft war es für die kumulative Schuldübernahme streitig, ob sie der Schriftform bedurfte. Die herrschende Ansicht in Literatur und Rechtsprechung verneint dieses Formerfordernis, weil die Schuldübernahme einen selbständigen, rechtlich eigenartigen Verpflichtungsgrund bilde und der singuläre Gharakter der Formvorschrift des § 766 BGB. ihre entsprechende Anwendung auf Geschäfte verbiete, welche lediglich denselben wirtschaftlichen Zweck verfolgen[3]).

II.

Gegen den Baugeldempfänger ist ein Rechtsanspruch auf Verwendung des Baugeldes unter den erwähnten vertraglichen Voraussetzungen gegeben. Der Klageweg ist also zulässig, wenn der Anspruch auf einem privatrechtlichen Titel oder sonst auf privatrechtlicher Grundlage beruht, selbst wenn eine inhaltlich überein-

---

[1]) Vgl. Staudinger Bd. II, Vorb. vor § 414, S. 457 ff.; ferner RG. Bd. 59, 232; 64, 318; 68, 126; Gruchots Beitr. Bd. 50; 946; JW. 1905, 45; 1908 31, 137, 677; Bl. f. R. A. Bd. 70, 448; Bd. 72, 941; DJZ. 1907, 187; Recht 1907, 446, 697.

[2]) vgl. RG. Bd. 61, 167, und in Bay. Z. f. R. 1906, 247; Recht 1906, 619; OLG. Bd. 20, 236; Staudinger II, Vorb. zu § 765 Z. 6 S. 1395; — RG. Bd. 50, 160; 51, 120 und Recht 1910, Nr. 890; Staudinger § 778, 2, a, α S. 1434.

[3]) vgl. Staudinger II Vorb. 3 zu § 414, S. 457 f. Enneccerus Lehrb. (4/5. Aufl.) I, 2 § 308 *d*, Anm. 12; Oertmann S. 286 f.; RG. Bd. 59, 233; 318; Bd. 60, 263, Bd. 62, 172, Bd. 64, 318; Bd. 68, 130; Gruchot Beitr. Bd. 50 S. 946; JW. 1908, S. 31, 137, 676; 1905, 45 Nr. 11; Bl. f. R. A. Bd. 72. 941.

stimmende öffentlich-rechtliche Leistung dadurch erzeugt würde (vgl. RG. Bd. 67, 293; 57, 352; JW. 1897, 1[1], 48[1]; 1908, 147[21]; 1909, 175[29]). Wird daher gegen ihn ein Anspruch geltend gemacht, so hat die Verneinung der Zulässigkeit der Klage zur Voraussetzung, daß der privatrechtliche Titel für die Haftung des Baugeldempfängers verneint wird (JW. 1898, 582[36]). Jedoch konnte als gesetzlicher Schuldtitel der § 1 des Bauf. S. G. den selbständigen Rechtsgrund zu einer Klage der Personen, zu Gunsten deren er gegeben ist, bilden. Enthält auch der § 1 eine öffentlich-rechtliche Norm, so kann doch die Verfolgung eines auf einem öffentlich-rechtlichen Titel beruhenden Anspruchs Gegenstand einer bürgerlichen Rechtsstreitigkeit sein. Denn maßgebend ist nicht der Umstand, ob die Verpflichtung, zu deren Erfüllung der Baugeldempfänger angehalten werden soll, in einer Norm des öffentlichen Sozial-Rechts wurzelt, sondern die Frage, ob es sich dabei lediglich um einen Gegenstand des öffentlichen Interesses, des Gemeinwohls, oder um das Rechtsgut und die individuelle Rechtssphäre einer einzelnen Person handelt (RG. Bd. 57, 350; Bd. 15, 37 ff.; Bd. 22, 285 ff.; Bd. 25, 325 ff.).

a) Das Gesetz spricht von einer „Verpflichtung“ des Baugeldempfängers zur bestimmungsgemäßen Verwendung der Baugelder. Damit legt es eine Verpflichtung zu einem bestimmten Handeln und zur Unterlassung widersprechender Maßnahmen dem Baugeldempfänger auf, verlangt aber nicht eine Befriedigung der Baugläubiger schlechthin. Wenn auch diese Regelung im Interesse der Bauhandwerker, Lieferanten und Arbeiter geschaffen ist, so geht diese Verpflichtung nicht dahin, die Befriedigung der Beteiligten herbeizuführen, wenn diese auch dadurch bewirkt wird, sondern in der Verwendung des Baugeldes. Nur die Verwendung des Baugeldes, nicht die Befriedigung des Baugläubigers ist Gegenstand der gesetzlichen Verpflichtung. Deshalb handelt es sich nicht um ein Recht, „das die menschlichen Willensträger als Einzelwesen zueinander in Beziehungen setzt“ (vgl. Gierke, Privatrecht I, 26), sondern um eine Vorschrift, die sich mit dem einzelnen als Glied der Gemeinschaft und der Gemeinschaft befaßt. Es ist in ihr der allgemeine Rechtsgedanke zum Ausdruck gekommen, der wirtschaftlichen Schädigung, die einer Berufsklasse der Gemeinschaft durch Entfremdung der Baugelder droht, zu begegnen. Enthält daher die Vorschrift ihrem Inhalte nach gleichwohl einen Teil der Regelung des bürgerlichen Verkehrs (vgl. Mot. E. G. Art. 146), so kann die Vorschrift dennoch nicht dem bürgerlichen Recht zugezählt werden, sondern gehört zum Sozialrecht, da dadurch „die Beziehungen der menschlichen Gesellschaftsträger“ (Gierke) geordnet werden.

Aus diesem publizistischen Charakter der Vorschrift ergibt sich jedoch nicht unbedingt, daß daraus die Herleitung eines Forderungsrechts der Baugläubiger auf Verwendung der Baugelder zu ihren Gunsten zu verneinen wäre. Eine Verpflichtung zur Einhaltung eines bestimmten Handelns wird zweifelsohne in § 1 geschaffen. Aus dem Obliegen einer „Verpflichtung“ ist nicht ohne weiteres auf eine korrespondierende Berechtigung zu schließen.

Zwar bei absoluten, gegen jedermann geschützten Rechten gewährt das Gesetz, wenn es ein Recht gibt, auch einen klagbaren Anspruch. Das gilt jedoch nicht bei Verpflichtungen, die im öffentlichen Interesse zum Schutze bestimmter Personen gegeben sind (vgl. Verpflichtung zur Buchführung des Kaufmannes §§ 38 ff. HGB.; zur Anlage von Prämienreserven, G. betr. die privaten Vers. Unt. v. 12. V. 1901 §§ 59, 65, 106; § 367 Nr. 12 Str. G. B.; dazu v. Blume, Festgabe f. Güterbock 383 ff.). Aus dem Inhalte der Verpflichtung ist jedoch mit Sicherheit zu entnehmen, daß in der gesetzlichen Bestimmung ein der Pflicht des Baugeldempfängers entsprechendes Recht für die Baugläubiger nicht geschaffen werden sollte.

Die Baugeldverwendungspflicht ist zu Gunsten der vermögensrechtlichen Interessen bestimmter Berufsstände geschaffen. Dieser Kreis wird im einzelnen Falle durch die Beteiligung an der Herstellung des Baues auf Grund eines Werk-, Dienst- oder Lieferungsvertrages bestimmt. Bei Nichteinhaltung der gesetzlichen Pflicht können Personen aus diesem Kreise geschädigt werden. Wenn der dem Baugeldempfänger obliegenden Verpflichtung eine dieser entsprechende Berechtigung gegenüberstehen würde, so wäre in erster Linie als Forderungsberechtigter jeder anzusehen, der dem Kreis der am Bau beteiligten Personen angehört. Es enthält das Gesetz in dieser Hinsicht keine ausdrückliche Bestimmung. Es sagt nicht, daß jemand berechtigt ist, von dem Baugeldempfänger eine Leistung in irgend einer Weise zu fordern. Dennoch würde in diesem Stillschweigen kein Grund zu sehen sein, schlechterdings ein Forderungsrecht, das der Verpflichtung des Baugeldempfängers entspräche, zu verneinen. Man könnte in § 1 ein gesetzliches Schuldverhältnis erblicken, kraft dessen der an der Herstellung des Baues beteiligte Gläubiger eine Leistung fordern könnte. Dieses gesetzliche Schuldverhältnis wäre wie eine zivilrechtliche Obligation im Sinne des § 241 BGB. anzusehen.

Der Inhalt eines derartigen Forderungsrechtes würde zunächst in der Berechtigung zu sehen sein, aus dem Baugeld Befriedigung zu erlangen. Ein solches Klagerecht könnte sowohl der einzelne Baugläubiger oder eine Mehrheit oder die Gesamtheit der Baugläubiger geltend machen. Doch steht ein derart gestaltetes Recht mit dem Sinn und Zweck des Gesetzes in Widerspruch. Das Gesetz schreibt eine Verwendung des Baugeldes vor und überläßt die Art und Weise der Verwendung dem Baugeldempfänger. Diesem steht die Auswahl der Baugläubiger und die Entscheidung über die Höhe zu, in welcher er dem einzelnen Baugeld zukommen lassen will. Damit steht nicht im Einklang, daß ein als beteiligt anzusehender Baugläubiger in Höhe seiner Forderung oder anteilig Zahlung aus dem Baugelde einklagen kann. Das Forderungsrecht, durch das in irgend einer Weise eine Verwendung des Baugeldes zu Gunsten einer Person verlangt würde, wäre eine Beschränkung des dem Baugeldempfänger zustehenden Verfügungsrechtes, das man leugnen müßte, wollte man eine klageweise Erzwingung der Baugeldverwendung zulassen. Ein Recht des einzelnen auf Befriedigung

aus dem Baugeld ist aus der gesetzlichen Vorschrift nicht zu entnehmen.

Aber auch einem Forderungsrecht einer Mehrheit oder der Gesamtheit der Baugläubiger würde derselbe Grund entgegenstehen. Dadurch würde in gleicher Weise die dem Baugeldempfänger zustehende freie Wahl über die Disposition der Baugelder und die Auswahl der Personen, die er aus dem Baugelde befriedigen will, entzogen werden. Es würde die gesetzliche Verpflichtung auf Verwendung des Baugeldes durch richterlichen Urteilsspruch bestimmt oder auch modifiziert werden. Der Baugeldempfänger würde dadurch seiner gesetzlichen Verpflichtung enthoben werden können. Zudem wird oft das Baugeld nur für einen kleinen Teil der Bauforderungen ausreichen. Der Baugeldempfänger kann aber durch Einräumung eines derartigen Forderungsrechtes an die Baugläubiger weder ihr unbeschränkter Schuldner, noch ihr auf die Haftung mit dem Baugeld beschränkter Schuldner werden. Ein dahin gehender Wille ist aus dem Gesetz nicht nur nicht zu entnehmen, sondern steht auch mit dem unzweideutigen Inhalt der gesetzlichen Regelung im Widerspruch.

Ist der Rechtsweg für eine Klage auf Erfüllung der Verpflichtung wegen Nichtbestehens eines gesetzlichen Titels ausgeschlossen, so gilt das gleiche auch für eine Klage auf Feststellung des Bestehens eines solchen Anspruchs. (vgl. JW. 1906, 183[33]; 153[27]).

Soll jedoch der Baugeldempfänger nur für den Eintritt einer bestimmten Bedingung verklagt sein, nämlich wenn er über einen Teil des Baugeldes zu Gunsten der nicht klagenden Baugläubiger verfügt hat oder entgegen der gesetzlichen Bestimmung Baugeld entfremdet, so wäre darin die Erhebung einer bedingten, von vornherein eventuellen Klage zu sehen. Die Erhebung einer derartigen Klage ist allein schon wegen fehlender Bestimmtheit und, weil das Gesetz eine bedingte Rechtshängigkeit nicht kennt, unstatthaft (vgl. JW. 1901, 248[2]; Warneyer R. 1908, 670; OLG. Bd. 2, 254).

Auch aus dem Begriff Baugeld ist wegen seiner obligatorischen Natur nicht zu entnehmen, daß den Baugläubigern ein dinglicher Anspruch an den als Baugeld dem Empfänger gewährten Geldbeträgen zustehen soll. Ihnen wird ebensowenig ein dingliches Vorrecht auf das Baugeld oder ein Anspruch auf Abtretung der Baugeldforderung, noch auf Anweisung auf Zahlung aus dem Baugeld durch die gesetzliche Vorschrift eingeräumt, da hierdurch der gleiche wirtschaftliche Erfolg herbeigeführt werden würde, wie bei einer Klage auf Zahlung an den einzelnen Baugläubiger oder eine Mehrheit. Das gleiche wird zu gelten haben für einen Anspruch auf Hinterlegung zur Sicherung oder anteiligen Befriedigung der Baugläubiger. Denn damit würde die gesetzliche Verpflichtung zur Verwendung des Baugeldes zur Befriedigung von Gläubigern in eine solche zur Sicherstellung derselben umgewandelt werden. Es würde dann dem Empfänger nicht mehr eine Baugeldverwendungspflicht, vielmehr eine Baugeldhinterlegungspflicht obliegen. Hierdurch würde in gleicher Weise, wie bei einer Klage auf Leistung die freie Bestimmung des Empfängers über die Auswahl der Baugläubiger ausgeschaltet

werden. Hätte das Gesetz eine Hinterlegung des Baugeldes zu Gunsten der Baugläubiger anordnen wollen, so würde es in § 1, wie in § 34 Abs. 3 eine ausdrückliche Bestimmung getroffen haben. Aus ihrem Fehlen und der Anordnung sogar einer beschränkten Hinterlegungspflicht in § 34 geht hervor, daß der präsumtive Wille des § 1 nicht sein kann, zugleich ein Forderungsrecht auf Hinterlegung von Baugeld zu schaffen (vgl. Hagelberg 20).

Neben diesen Klagen auf Auskehrung des Baugeldes an den einzelnen oder die Gesamtheit der Baugläubiger könnte ein Forderungsrecht in Frage kommen, dessen Inhalt das Verlangen nach Verwendung des Baugeldes überhaupt oder auf Unterlassung von Handlungen, die einer bestimmungsgemäßen Verwendung zuwiderlaufen, sein könnte. Von der Klage auf Leistung würde sich diese Klage durch das Fehlen eines bestimmten Forderungsberechtigten unterscheiden. Es würde hiermit nur das Vorbehalten des Baugeldes und seine Verwendung zur Befriedigung der in § 1 Abs. 1 genannten Personen erstrebt werden, ohne daß der Kläger die Befriedigung seiner Forderung begehrt. Er erhebt die Klage zu Gunsten eines bestimmten Interessentenkreises, dem auch er angehört. Dieser Klaganspruch würde nicht davon abhängen, daß der einzelne Baugläubiger ein eigenes vermögensrechtliches Interesse an dem Klagebegehren haben muß. Es gehört nicht zum Wesen der Obligation, daß die Leistung einen Vermögenswert hat (vgl. Staudinger II S. 8 f; a. M. Hagelberg 20). Zudem ist der Vermögenswert eines derartigen Forderungsrechtes für den einzelnen Gläubiger nicht durchaus zu verneinen. Zwar ist unbestimmt, welchen von den im Gesetz bevorzugten Personen die Einhaltung der gesetzlichen Verpflichtung zum Vorteil gereicht. Es kann der Fall vorliegen, daß das Baugeld zur Befriedigung der Forderungen des klagenden Gläubigers und der übrigen ausreicht. Dann würde der Kläger durch eine derartige Klage auch seine eigene Befriedigung erreichen. Auch könnte sich die Gesamtheit der Baugläubiger zu einer als Rechtssubjekt anzusehenden Gemeinschaft vereinigen und auf Erfüllung der Verwendungspflicht Klage erheben, so daß jedenfalls ein Vermögensinteresse der juristischen Person nicht zu verneinen wäre. Dennoch kann zugegeben werden, daß diejenigen Personen, denen die Einhaltung der Verwendungspflicht zugute kommt, in der Regel unbestimmt sind. Die auf eine Verwendung des Baugeldes hinzielende Klage würde daher eine Klage zum Vorteil unbestimmter Subjekte sein. Wenn auch ein bestimmter Interessentenkreis nach der gesetzlichen Vorschrift des § 1 Abs. 1 feststeht, so ist weder der Umfang der einzelnen Berechtigten bestimmt, noch steht fest, zu wessen Gunsten das Baugeld verwendet werden wird. Es handelt sich demnach um eine sog. Popularklage, eine Klage, die von jedem einem bestimmten Interessentenkreise Angehörigen ohne bestimmtes schätzbares Sonderinteresse erhoben werden kann.

Ein Anspruch zur klagweisen Wahrnehmung der Rechte und Interessen anderer Gewerbegenossen besteht nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen nicht. Diese Arten von Klagen sind nur auf Grund besonderer gesetzlicher Bestimmung zulässig, durch die ihre Voraus-

setzung und ihr Umfang geregelt wird (vgl. §§ 10, 11, 28 des Patentgesetzes vom 7. April 1891; § 1 d. G. zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbes vom 27. Mai 1896, 7. Juni 1909). Ihre Zulässigkeit beruht im öffentlichen Interesse und ihr Grund liegt darin, daß die Wahrnehmung des öffentlichen Interesses besser gefördert wird, wenn dem einzelnen, dessen Rechte verletzt oder gefährdet sind, ein Klagerecht zusteht, als wenn lediglich den öffentlichen Organen die Verfolgung überlassen ist. Der § 1 Bauf. S. G. ist zwar eine im öffentlichen Interesse gegebene Schutzvorschrift, er gibt aber nicht einen „im Rechtskreise der Prozeßparteien gelegenen" Schuldgrund zur Vertretung der anderen dem Baugeldempfänger gegenüber in gleicher Lage befindlichen Gewerbetreibenden (vgl. RG. Bd. 56, 273). Zu beachten ist auch, daß das Gesetz zur Erzwingung der von ihm gewollten Handlungsweise Strafe androht. Wird die Vornahme oder die Unterlassung verletzender Handlungen mit krimineller Strafe bedroht, so bedarf es nicht noch der schwächeren zivilprozessualen Strafe (§ 888 ZPO.). Diesem ausdrücklichen Willen des Gesetzes widerspricht die Annahme, in § 1 zugleich den Rechtsgrund für eine zivilrechtliche Popularklage zu sehen, die zwar ihrem Wesen nach — man denke an die actiones populares (publicae) des römischen Rechts — mit der Strafklage nahe verwandt, jedoch unwirksamer ist (vgl. Lau, Gruchots Beitr. Bd. 47, 504). Damit entfällt ein Anspruch des Baugläubigers gegen den Empfänger auf Erfüllung der gesetzlichen Pflicht zu Gunsten der in § 1 Abs. 1 genannten Personen. Auch für die Zulässigkeit einer Feststellungsklage nach § 256 ZPO. wird es auf Seiten des einzelnen Baugläubigers bezüglich des außerhalb seiner eigenen Rechtssphäre liegenden Interesses der anderen an einem Bedürfnis der Rechtssicherung und folgeweise an einem Anspruch auf Rechtsschutz fehlen (RG. Bd. 56, 273; vgl. ferner Hagelberg 20; Hillig 33; Schneider 43; Simon 21).

b) Neben dem Erfüllungsanspruch auf gesetzmäßige Verwendung des Baugeldes kann eine Klage auf Unterlassung von Handlungen durch den Baugeldempfänger in Frage kommen, die zu einer gesetzwidrigen Verwendung des Baugeldes und damit zu einer Gefährdung der Bauforderungen zu führen geeignet sind. Diese Unterlassungsklage würde einen vorbeugenden Rechtsschutz der Art darstellen, daß allgemein im Falle der Verletzung einer Unterlassungspflicht gegen den Verletzer auf ein Unterlassungsgebot unter richterlicher Strafandrohung für den Fall ferneren Zuwiderhandelns geklagt werden kann. Dieser Anspruch würde die Kehrseite des Erfüllungsanspruchs, die Erfüllung in negativer Form, zum Gegenstande haben. Während dieser auf die Vornahme bestimmter Handlungen hinzielt, hat der Unterlassungsanspruch die Untersagung aller derjenigen Handlungen zum Gegenstande, die mit dem durch die Verwendung zu erzielenden Erfolge im Widerspruch stehen. Wird aber ein Klagerecht auf Erfüllung nicht gegeben, so ist es nicht zu verstehen, daß dennoch ein Anspruch auf Unterlassung der der Erfüllung widersprechenden Handlungen zulässig sein sollte, wodurch, da dem Empfänger keine baufremde Verwendung gestattet sein würde, nur auf einem anderen Wege schließlich die Erfüllung der Verpflich-

tung erzwungen würde. Soweit daher die rechtliche Grundlage des Unterlassungsanspruches in § 1 gefunden werden sollte, würde dieses Klagerecht aus den gleichen Gründen zu verneinen sein, wie der Erfüllungsanspruch. Doch ist nicht erforderlich, daß sich die Unterlassungsklage auf die positive Bestimmung des § 1 stützen muß, vielmehr werden als rechtliche Grundlage außerdem die Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches in Frage kommen. Zunächst ist die Zulässigkeit einer allgemeinen Unterlassungsklage gegen den Baugeldempfänger auf Unterlassung von Zuwiderhandlungen gegen die gesetzliche Verpflichtung aus § 249 BGB. nicht abzuleiten (vgl. Staudinger II § 241 Ziff. 5 d, S. 17; § 249 Ziff. 3 S. 55; a. M. Hagelberg 88). Auch wird den Baugläubigern eine Klage auf Unterlassung als actio quasi negatoria in analoger Anwendung der §§ 12, 862, 1004 BGB. nicht zustehen, die in der Rechtssprechung[1]) bei lediglich objektiv widerrechtlichen Eingriffen in gesetzlich geschützte Rechte gewährt wird. Der von diesen Sonderbestimmungen abgeleitete vorbeugende Rechtsschutz könnte ihnen nur bei Vorliegen eines ihnen durch die gesetzliche Vorschrift gegebenen absoluten Rechtes oder Rechtsgutes zustehen (vgl. Hagelberg 88). Die Unterlassungsklage wird vielmehr nur gegeben sein, wenn ein unerlaubtes Verhalten stattgefunden hat und weitere Beeinträchtigungen drohen. Liegt die unerlaubte Handlung bereits abgeschlossen vor, ohne daß eine Wiederholung zu befürchten ist, so ist für die Unterlassungsklage kein Raum (vgl. Oertmann DJZ. 1904, 616). Erforderlich ist, daß die Voraussetzungen einer unerlaubten Handlung im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuches bei drohender Wiederholung der zu unterlassenden Handlung gegeben sind (vgl. Staudinger § 823, II, A, 2 a, § 826 Ziff. 3, c, d). Sind weitere Eingriffe zu besorgen, so wird mit der Klage die Fortsetzung oder Vollendung der verübten bezw. begonnenen Schädigung verhütet werden.[2]) Wenn auch die § 823 ff. BGB. nur von der Verpflichtung zum Schadenersatz sprechen, so enthält die Schadenersatzpflicht der Sache nach zugleich den Ausdruck für eine Verbindlichkeit zur Unterlassung. Es greift die Erwägung durch, daß das Gesetz, wenn es ein Recht gewährt oder eine Verpflichtung auferlegt, auch die Möglichkeit gewähren muß, den Anspruch hierauf, also zutreffendenfalls den Anspruch auf Unterlassung im Wege der Klage verfolgen zu lassen. Da hiernach aber auch ein Anspruch auf Erfüllung der gesetzlichen Pflicht vorausgesetzt wird, der den Baugläubigern nicht zusteht, wird auch eine Unterlassungsklage aus diesen rechtlichem Gesichtspunkte nicht für zulässig zu erachten sein. Die bloße Verpflichtung des Baugeldempfängers allein, der kein klagbarer zivilrechtlicher Erfüllungsanspruch gegenübersteht, kann nicht genügen, allgemein die dieser Verpflichtung widersprechenden Handlungen im Wege der Unterlassungsklage zu verbieten, z. B. zur Verurteilung des Beklagten zu

[1]) vgl. RG. Bd. 60, S. 7; 61, S. 366 ff.; Recht 1906 1260 Nr. 3029; 1194 Nr. 2830, 1195 Nr. 2831, 2833; 1907, 378 Nr. 757; DJZ. 1907, 1091; OLG. 2, 482; 14, 430.

[2]) vgl. RG. Bd. 48 S. 114 ff.; Bd. 56, S. 271; Bd. 60 S. 7; JW. 1902, Beil. S. 264; 1903, Beil. S. 11; 1905 S. 20, 174, 237, 239; Recht 1903, S. 79; OLG. Bd. 5, 239; Endemann I (8. Aufl.) § 201 S. 1265.

führen, aus den von ihm mit baufremden Personen abgeschlossenen Geschäften die Zahlung aus dem Baugeld zu unterlassen und dieses Urteil gemäß §§ 888, 890 ZPO. unter Strafe zu stellen (vgl. Hagelberg 87, 88).

Obgleich daher das Gesetz von einer „Verpflichtung" des Baugeldemprängers spricht und einen Kreis von Personen bezeichnet, die als Forderungsberechtigte in Frage kommen könnten, so stellt es doch nur eine abstrakte „Verpflichtung" ohne korrespondierende Berechtigung auf. Den Baugläubigern ist kein Recht gegeben, im Klagewege gegen den Empfänger, der die Pflicht verletzt oder ihre Erfüllung verweigert, vorzugehen und durch Androhung von Strafen ihre Einhaltung zu erzwingen. Ein Rechtsschutzanspruch steht ihnen weder im Falle einer Verletzung ihrer Forderungsrechte, noch im Falle einer Rechtsgefährdung zu. Da ihnen nicht ein Rechtsmittel, ein Forderungsanspruch gegeben ist, der in der Regel Ausfluß des Privatrechts ist, so handelt es sich nicht um einen subjektiven Anspruch, „um ein von der Rechtsordnung gewährtes Mittel, sich Rechtshilfe zu verschaffen" (Thon, Rechtsnorm und subjektives Recht, 244), sondern um eine öffentlich-rechtliche Verpflichtung, die im Interesse der Gemeinschaft besteht, ohne daß ihre Beachtung von dem einzelnen im Rechtswege erzwungen werden und ihre Erfüllung Gegenstand eines bürgerlichen Rechtsstreits sein kann. Durch Ordnungsstrafen einer Verwaltungs- oder Gerichtsbehörde kann auch nicht die Einnaltung der Verpflichtung herbeigeführt werden, da es an einer entsprechenden Rechtsvorschrift ermangelt.

c) Während die Unterlassungsklage als Präventivmittel der Verhütung einer künftigen Schädigung der Baugläubiger dienen soll, bezweckt eine Schadensersatzklage die Herstellung eines bereits Schaden bringenden Zustandes oder die Ersatzleistung für einen Schaden. Die rechtliche Grundlage für eine Schadensersatzklage der Baugläubiger gegen den Baugeldempfänger besteht darin, daß der § 1 „ein den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz" im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB. darstellt[1]). Ein solches Gesetz, mag dieses eine zivilrechtliche oder strafrechtliche Norm enthalten (vgl. Staudinger § 823, III, 2, a S. 1607), ist dasjenige, welches den einzelnen oder eine Gesamtheit, als Summe der einzelnen, zu schützen bezweckt. Aus dem Inhalt des § 1 ist ohne Zweifel zu entnehmen, daß das Gesetz zum Schutze der in Abs. 1 genannten Personen gegeben ist (Drucks. d. RT. Nr. 365, 15). Welche Interessen dieser Personen durch das Gesetz geschützt werden sollen, ist ohne Belang. Zweifellos kann Gegenstand des Schutzes im Gegensatz zu § 823 Abs. 1 auch das Vermögen sein. § 1 dient dem Schutze von vermögensrechtlichen Forderungen der Personen, die durch ihre Beteiligung an der Herstellung eines Baues entstanden sind (vgl. RG. Bd. 59, 237 f; JW. 1905, 142, 554).

[1]) vgl. Mügel 20; Breit 351; Hagelberg DJZ. 1909, 1199 und Komm. 81; Friedlaender 349; Harnier, DJZ. 1909, 1308 und Textausg. Anm. 4; Stenglein Ziff. 9 S. 1017; Stier-Somlo S. 37; Roth, Badische Landesbauordnung, 397 ff.; Hillig 34; Staudinger § 823, II, A, Ziff. 2, α, S. 1612, entg. Simon Anm. 2.

1.) Die Schadensersatzpflicht aus § 823 Abs. 2 BGB. in Verbindung mit § 1 setzt Widerrechtlichkeit der Handlung voraus. Die Widerrechtlichkeit ist gegeben, wenn die Verpflichtung des § 1 begründet und diese Verpflichtung durch eine Handlung oder Unterlassung verletzt ist. Durch ein dem Empfänger zustehendes Recht auf Grund des Baugeldvertrages wird die Widerrechtlichkeit ausgeschlossen, weil die Verpflichtung des § 1 insoweit wegfällt, als ein dem Gesetz gegenüber rechtsgültiger Anspruch des Empfängers besteht, der als eine Beschränkung des durch das Gesetz geschaffenen Rechtsschutzes zu verstehen ist. Ebensowenig kann der Baugeldempfänger haftbar gemacht werden, wenn ihm vertraglich eine selbständige Verfügung über das Baugeld nicht eingeräumt war, diese vielmehr durch den Darleiher ausgeübt wurde.

Auch die Einwilligung der geschützten Personen in die zu ihrer Verletzung führenden Handlung schließt einen Schadensersatzanspruch aus, da die Handlung durch die Einwilligung die Eigenschaft der Widerrechtlichkeit verliert. Es handelt sich um einen Verzicht auf einen vermögensrechtlichen Anspruch, dessen Aufgabe weder gegen die guten Sitten, noch gegen ein gesetzliches Verbot oder den Inhalt des § 1 verstößt. Wenn es erlaubt ist, durch den Baugeldvertrag die gesetzliche Verpflichtung auszuschalten und so von vornherein die Folgen einer zweckwidrigen Verwendung zu beseitigen, so ist nicht ersichtlich, weshalb nicht durch eine Einwilligung der Baugläubiger in die Vornahme einer ihre vermögensrechtlichen Ansprüche verletzenden Handlung die Ersatzpflicht ausgeschlossen werden soll. Daß die Bestimmung eine öffentlich-rechtliche Pflicht enthält, steht dem nicht entgegen. Die Verletzung gewisser Rechtsgüter, zu denen unzweifelhaft das Vermögen gehört, können, auch wenn sie durch eine öffentlich-rechtliche Vorschrift geschützt sind, dennoch ohne zivilrechtliche Ersatzpflicht verletzt werden, wenn aus einer Vereinbarung oder Einwilligung der Ausschluß der Widerrechtlichkeit oder der Verzicht auf Ersatz zu erblicken ist (vgl. Staudinger II, § 823 B Ziff. 5, S. 1601; Hagelberg 83; Schneider 47, 48; Hillig 209).

2.) Neben diesem rein objektiven Begriff der Widerrechtlichkeit ist die Schadensersatzpflicht an die weitere Voraussetzung geknüpft, daß dem Handelnden ein Verschulden zur Last fällt. Nach dem Inhalte des verletzten Gesetzes bestimmt sich, ob nur ein vorsätzliches oder auch ein fahrlässiges Handeln die Ersatzpflicht begründet. Obwohl nach § 5 nur ein vorsätzliches Zuwiderhandeln gegen die gesetzliche Verwendungspflicht unter Strafe gestellt ist, so wird dadurch nicht ausgeschlossen, daß auch ein fahrlässiges Verhalten für die Ersatzpflicht als ausreichend anzusehen ist. Denn bei der Selbständigkeit der Bestimmung des § 1 kann durch die besondere Vorschrift des § 5 nicht die deliktische Haftung auf das Vorliegen der schwereren Schuldart beschränkt sein. (Hagelberg 81; Schneider 47). Die Voraussetzungen der strafbaren Baugeldentfremdung (§ 5) brauchen nicht vorzuliegen. Auch ein vertraglicher Ausschluß der Haftung für Fahrlässigkeit kann den Grad der dem Baugeldempfänger obliegenden Sorgfalt nicht auf ein vorsätz-

liches Handeln beschränken, da, wenn die Grundlage für die Entstehung der gesetzlichen Pflicht einmal geschaffen ist, die darauf beruhende öffentlich-rechtliche Pflicht ohne weiteres eintritt und diese nicht durch Parteivereinbarung im voraus beschränkt werden kann. Der Charakter der Übertretungshandlung der Verpflichtung verbietet es, daß eine sonst zulässige Parteivereinbarung über den Ausschluß der Haftung für Fahrlässigkeit als wirksam erscheint. Die für das Bürgerliche Gesetzbuch über eine vertragsmäßige Milderung der Haftung aus § 823 entstandene Streitfrage ist vom Reichsgericht im verneinenden Sinne entschieden worden (vgl. RG., JW. 1908, S. 465 ff; RG. Bd. 44, 108 ff.; Bd. 45, S. 162).

Der Baugeldempfänger wird in erster Linie ein vorsätzliches Handeln zu vertreten haben. Da es sich um eine dem vertraglichen Schuldverhältnis nachgebildete gesetzliche „Obligation" handelt, so wird als Vorsatz jede bewußt gegen Treu und Glauben verstoßende Willensrichtung erscheinen. In diesem Sinne kann der Vorsatz sowohl in der bewußt rechtswidrigen Vornahme einer nach Maßgabe der gesetzlichen Verpflichtung unerlaubten Handlung, wie in der bewußt gegen § 1 verstoßenden Unterlassung einer nach Maßgabe der gesetzlichen Vorschrift gebotenen Handlung bestehen. Der Deliktsdolus setzt ebenso, wie der strafrechtliche dolus Kenntnis sämtlicher Tatbestandsmerkmale des zivilrechtlichen Delikts voraus (vgl. Hagelberg 82). Es genügt bloßes Bewußtsein des schädigenden Erfolges; eine auf Schädigung der Baugläubiger gerichtete Absicht ist nicht erforderlich. Der Baugeldempfänger braucht nur Handlungen vorzunehmen in dem Bewußtsein, daß deren Folge die Unmöglichkeit oder das Unvermögen zur Erfüllung der Forderungen der Baugläubiger aus seinem Vermögen sein wird. Ein bewußtes Wollen liegt aber auch dann vor, wenn der mit dem erstrebten Erfolg nur als möglich verbunden gedachte Erfolg entweder dem Täter gleichgültig oder gar selbst unerwünscht ist, sofern dennoch dem Täter der Eintritt dieses Erfolges immerhin lieber war, als die Unterlassung der den Erfolg ermöglichenden Handlung, wenn der Täter auch bei Annahme sicherer Verbindung dieses Erfolges mit dem erstrebten Ziel ebenso gehandelt hätte. Damit schließt der Täter den zwar nur als möglich voraussehbaren Erfolg ebenso in seine endgültige Verantwortung ein, als wenn er ihm unvermeidlich erschienen wäre. Leistet daher der Baugeldempfänger an einen Dritten aus dem Baugeld Zahlungen, obgleich er damit rechnet, daß dieser keine Bauforderung hat oder erwerben wird, so genügt dieser Dolus zur vorsätzlichen Schadensersatzhaftung (vgl. RG. Hans. GZ. 1908. Hauptbl. 163). Der dolus eventualis steht begrifflich dem dolus indeterminatus gleich, wenn der Täter eine Mehrzahl von ihm als möglich gedachter Erfolge zum voraus billigt, oder dem dolus alternationis, wenn der Täter sich bewußt zwei alternativ mögliche Erfolge setzt.

Ob dem Baugeldempfänger ein fahrlässiges Verhalten zur Last fällt, wird nach den Erfordernissen zu bestimmen sein, welche die ordnungsmäßige Ausübung der Verpflichtung unter Berücksichtigung seiner vermögensrechtlichen Verhältnisse an ihn stellt. Zu erwähnen wird vornehmlich sein, daß auch individuelle persönliche Momente,

insbesondere die größeren oder geringeren geistigen Kräfte des Baugeldempfängers, seine technischen Kenntnisse, seine geschäftlichen Fähigkeiten usw. bei Beurteilung der Einhaltung der gesetzlichen Pflicht herangezogen werden können. Auch hier wird der Satz gelten: imperitia culpae adnumeratur. Wer sich, ohne im Besitz der erforderlichen Fertigkeiten, auf die es bei der Bauausführung, der Abnahme und Beurteilung der einzelnen Arbeiten ankommt, der Erfüllung der Verwendungspflicht unterzieht, handelt allein durch die Übernahme dieser Aufgabe, der er nicht gewachsen ist, fahrlässig. Bei den bekannten Eigenschaften der als Bauunternehmer auftretenden Personen wird hierauf besonders zu achten sein. Im einzelnen wird der Empfänger mit der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt seinen ganzen wirtschaftlichen Betrieb so einrichten müssen, daß er mit Sicherheit über einen Betrag in Höhe des Baugeldes verfügen kann. Er wird auch diejenigen Pflichten befolgen müssen, die in der gesetzlichen Verpflichtung implicite enthalten sind. Gerade bei der Unterlassung dieser in der eigentlichen positiven Verwendungspflicht enthaltenen Nebenpflichten wird eine Außerachtlassung der erforderlichen Sorgfalt nicht leicht nachzuweisen sein.

Ein Verschulden, Vorsatz oder Fahrlässigkeit, braucht nur hinsichtlich der verletzenden Handlung, nicht hinsichtlich des entstandenen Schadens gegeben zu sein. Es genügt also für die Schadensersatzpflicht, daß der Baugeldempfänger gewußt und gewollt hat, oder bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt hätte voraussehen müssen, daß er bei seiner Handlungsweise nicht die geschützten Forderungen der Baugläubiger befriedigen wird, mag auch die tatsächlich bewirkte Schädigung von ihm nicht beabsichtigt, bezw. für ihn nicht voraussehbar gewesen sein. Ist der erforderliche Kausalzusammenhang zwischen der Handlung und dem eingetretenen Schaden gegeben, so wird die Ersatzpflicht dadurch, daß der Handelnde den Umfang des eingetretenen Schadens nicht vorhersehen konnte, weder ausgeschlossen, noch eingeschränkt (vgl. Staudinger II, § 823 C, 1, S. 1602; RG., JW. 1903, Beil. S. 125 ff.).

Vorausgesetzt wird Zurechnungsfähigkeit des Baugeldempfängers sowohl für die Feststellung des Vorsatzes, wie der Fahrlässigkeit; denn es handelt sich um eine Anwendung des Schuldbegriffes. Ausgeschlossen wird das Verschulden durch mangelnde Deliktsfähigkeit. Die Vorschriften der §§ 827, 828 BGB. finden auch auf die Erfüllung gesetzlicher Verbindlichkeiten Anwendung. Geschäftsunfähigkeit, wie Geisteskrankheit schließen die Haftung für Vorsatz und Fahrlässigkeit aus. Zu beachten wird auch § 829 sein, vor allen dann, wenn die Unzurechnungsfähigkeit nach Abschluß des Vertrages eingetreten ist, bevor der Vertragsgegner davon Kenntnis erhalten und seine Bauleistungen zurückhalten konnte oder andere Sicherungsmaßregeln zu treffen in der Lage war.

Bei den verwickelten tatsächlichen Verhältnissen bei Herstellung eines Baues und der nicht einfachen rechtlichen Ausgestaltung der Verwendungspflicht kann der Baugeldempfänger sich über tatsächliche oder rechtliche Fragen im Irrtum befinden, der für seine zivilrechtliche Haftung zu beachten sein wird. Denn aus dem Verschuldens-

prinzip ist zu folgern, daß, wenn jemand im entschuldbaren Irrtum gehandelt hat, die Schadensersatzpflicht mangels Verschuldens ausgeschlossen ist. Die von dem Baugeldempfänger vorgenommene Verletzung der Verwendungspflicht ist dann nur objektiv rechtswidrig. Diese Grundsätze werden auch dadurch nicht aufgehoben, daß es sich um ein Schutzgesetz handelt (vgl. Staudinger Bd. II, § 823, III, C, S. 1613). Ebenso wie ein tatsächlicher Irrtum, muß auch ein Rechtsirrtum, wenn er entschuldbar ist, die Ersatzpflicht ausschließen (vgl. RG. Bd. 73, S. 337; JW. 1907 S. 251[12]; Örtmann, Seuff. Bl. f. R. A. Bd. 67, 47). Ist aber der Irrtum unentschuldbar, insbesondere durch Fahrlässigkeit des Irrenden veranlaßt, so ist er ohne Einfluß auf die Verpflichtung zum Ersatze des durch die verletzende Handlung verursachten Schadens (RG. Bd. 68 S. 437; Staudinger a. a. O. S. 1606). Ob ein Irrtum entschuldbar ist oder nicht, muß nach Lage des einzelnen Falles entschieden werden; daß aber ein Irrtum über den Inhalt der gesetzlichen Bestimmungen strenger beurteilt werden muß, als ein Irrtum über sonstige rechtliche Verhältnisse oder Tatfragen, ist nicht ersichtlich (vgl. Örtmann a. a. O. S. 1, 25, 45). Als Rechtsirrtum wird in Frage kommen können, ob und in welchem Umfange die Verwendungspflicht besteht, über das erlaubte Maß einer vertraglichen Abänderung der gesetzlichen Verpflichtung, über die Rechte des Geldgebers ihm gegenüber. Dann aber vor allem über die Berechtigung der einzelnen Baugläubiger, sowohl über ihre tatsächliche Teilnahme, wie über die auf Grund der besonderen Vertragsart vorgenommene Beteiligung an der Herstellung des Baues. Bei der Prüfung der einzelnen Erfordernisse für das Vorliegen der Verpflichtung wird ein Versehen über die Auslegung ihrer juristischen Ausgestaltung leicht auf einer irrtümlichen Auffassung beruhen. Dadurch wird § 1 oft übertreten werden. Bei zivilrechtlichen Rechtsfragen wird ein Verschulden des Baugeldempfängers nicht anzunehmen sein.

Konkurrierendes Verschulden der Baugläubiger kann auch in den Fällen des § 823 Abs. 2 BGB. die Haftung nach Maßgabe des § 254 mindern oder ausschließen (vgl. RG., JW. 1905, 388).

Zur Frage der Beweislast ist zu erwähnen, daß der Kläger hinsichtlich des Erfordernisses des Kausalzusammenhanges zwischen der Verletzung der Verpflichtung und seinem Schaden beweispflichtig ist. Eine Rechtsvermutung des Inhalts, daß der eingetretene Schaden durch die Zuwiderhandlung gegen das Schutzgesetz des § 1 verursacht worden ist, wird nicht, ebensowenig wie in sonstigen Fällen (vgl. RG. Bd. 52, 126; JW. 1902 Beil. S. 212; 1903 Beil. S. 126; 1904, S. 408) aufgestellt werden können. Des weiteren wird auch dem Kläger der Beweis, daß der Täter vorsätzlich oder fahrlässig gehandelt hat, obliegen, jedoch nur für das Verschulden hinsichtlich der Gesetzesverletzung, nicht auch hinsichtlich der konkreten Schadenszufügung (vgl. Staudinger a. a. O. 1613; RG., JW. 1908, S. 237; 1909, S. 136; 1910, S. 1003; Recht 1909 Nr. 3769). Will der Baugeldempfänger in entschuldbarem tatsächlichen Irrtum oder in entschuldbarer Nichtkenntnis des Gesetzes gehandelt haben, so ist er beweispflichtig (vgl. Hagelberg 83).

3.) Der Nachweis, daß bei Einhaltung der gesetzlichen Baugeldverwendungspflicht der Schaden nicht eingetreten sein würde, wird erfordert wegen des zwischen der Handlung oder der Unterlassung und dem Schaden notwendig vorauszusetzenden Kausalzusammenhanges. Sowohl der Nachweis der Entstehung des Schadens, wie dessen Umfang wird aus Gründen, die im Wesen der Verwendungspflicht liegen, solange die gesetzliche Verpflichtung besteht, in praxi erschwert und oft unmöglich gemacht sein. Wird Baugeld von dem Empfänger zu anderen Zwecken verwendet, so sind diese Handlungen nicht ohne weiteres als kausal für einen Ausfall von Bauhandwerkerforderungen anzusehen. Es muß dem Baugläubiger tatsächlich unmöglich sein, für seine Forderung von seinem Besteller oder dem Baugeldempfänger Befriedigung zu erlangen. Bei Vorhandensein sonstiger Mittel steht es dem Baugeldempfänger frei, aus diesen die Baugläubiger zu befriedigen. Steht einem Nachmann eine vertragliche Forderung zu, ohne daß der Baugeldempfänger der persönliche Schuldner ist, so bedarf es jedoch nicht des Nachweises durch den Nachmann, daß er befriedigt worden wäre, wenn der Baugeldempfänger seinen Gegenkontrahenten bezahlt hätte (a. M. Schneider 47). Ausgeschlossen wird aber die Schadensersatzklage, wenn der Gegenkontrahent befriedigt worden ist, ohne seinerseits die von ihm herangezogenen Personen zu befriedigen. Denn mit seiner Befriedigung scheiden die Nachmänner für die Verwendungspflicht aus (vgl. oben § 12 S. 116). Des weiteren muß feststehen, daß wegen des Fehlens sonstiger Forderungsberechtigter die Forderung des Klägers aus dem Baugeld bei Einhaltung der gesetzlichen Pflicht hätte befriedigt werden müssen. Diese Feststellung wird nicht erfolgen können, wenn das noch vorhandene Baugeld zur Deckung der ausstehenden Bauforderungen ausreicht. Daraus folgt aber, daß, solange andere Forderungen in Höhe des nicht zweckmäßig verwendeten Baugeldes vorhanden sind, für die die Verpflichtung besteht, eine gesetzwidrige Verwendungshandlung nicht als Ursache eines Forderungsausfalls angesehen werden kann. Denn da keinem Baugläubiger ein gesetzlicher Anspruch auf Zahlung aus dem Baugeld zusteht, es vielmehr im Belieben des Empfängers steht, welchem Baugläubiger er aus dem Baugeld etwas zuwenden will, so kann er geltend machen, er würde das entfremdete Baugeld zu Gunsten der anderen Baugläubiger verwendet haben. Diesen Einwand kann er solange mit Erfolg erheben, als andere Bauforderungen in Höhe des entfremdeten Baugeldes bestehen. Des weiteren kann er einwenden, daß er das noch vorhandene Baugeld zur Befriedigung des oder der klagenden Baugläubiger verwenden wollte (vgl. Mügel 21; Hagelberg 86). Diesem Einwande kann der Baugeldempfänger auch demjenigen Schadensersatzkläger gegenüber geltend machen, der sich im Besitze eines Vollstreckungstitels befindet (a. M. Hagelberg 86). Es ist nicht ersichtlich, weshalb in diesem Falle der Empfänger nicht in der gleichen Weise geltend machen könnte, daß die entfremdete Baugeldsumme zur Tilgung anderer bestehender Bauforderungen bestimmt gewesen sei und nicht zur Befriedigung des Klägers, so daß dieser wegen der Entfremdung keinen Schaden

erlitten habe, weil das Geld ihm auch bei Einhaltung der Verpflichtung nicht zugute gekommen wäre. Um diese Einwände abzuschneiden, müssen sich die Gläubiger zusammentun und gemeinsam klagen. Der Baugeldempfänger ist aber nicht verpflichtet, Baugeld bereit zu halten oder über den Baugeldanspruch nicht zu verfügen, um eine zwangsweise Befriedigung der Baugläubiger zu ermöglichen. Doch kann von dem klagenden Gläubiger mit Recht vorgebracht werden, daß der Baugeldempfänger gar nicht in der Lage ist, aus eigenem Vermögen in Höhe des verbrauchten Baugeldes Mittel aufzubringen, und daß er wegen seiner wirtschaftlichen Lage eine Unterstützung von dritter Seite nicht zu erwarten hat. Dann würde auch vor der zeitlichen Beendigung der Baugeldverwendungspflicht einer Schadensersatzklage gegenüber der Einwand sonstiger vorhandener Mittel der Verursachung eines Schadens wegen Pflichtverletzung nicht entgegenstehn. Reicht die noch vorhandene Baugeldsumme zur Befriedigung der Klagsumme aus, so kann eine Schadensersatzklage nicht begründet sein, weil wegen des Vorhandenseins von Baugeld die Möglichkeit einer Befriedigung in Einhaltung der gesetzlichen Verpflichtung nicht ausgeschlossen ist. Es würde einer Klage auf Erfüllung der Verpflichtung oder auf Befriedigung aus dem Baugeld gleichkommen, wenn eine Schadensersatzklage wegen gesetzwidriger Verwendung von Baugeld trotz Vorhandenseins genügender Baugelder zur Befriedigung des oder der klagenden Gläubiger zulässig wäre, weil überhaupt Baugeld entgegen der gesetzlichen Pflicht verwendet worden ist. Erst dann kann die zweckwidrige Baugeldverwenduug für die Entstehung eines Schadens als kausal gelten, wenn die eingeklagte Summe des einzelnen Baugläubigers oder einer Mehrheit das vorhandene Baugeld übersteigt. In Höhe des übersteigenden Betrages, der, wenn die gesetzwidrige Handlung nicht vorgenommen worden wäre, aus den gewährten Geldbeträgen hätte gedeckt werden müssen, da keine sonstigen Bauforderungen zu beachten waren, kann die Schadensersatzklage angestrengt werden. Diese kann gemäß § 249 BGB. auf Herstellung des ohne die gesetzwidrige Handlung bestehenden Zustandes (vgl. Hagelberg 86; Hillig 34) gerichtet werden. Der Kläger kann daher die Beseitigung von Zessionen und Anweisungen an Baufremde verlangen. Daneben wird, da allein eine solche Willenserklärung dem Baugläubiger nicht genügen wird, dieser Entschädigung in Geld verlangen können (§ 251 BGB.)

4.) Schadensersatzberechtigt können nur diejenigen Personen sein, zu deren Schutze das Gesetz gegeben ist. Das sind diejenigen, die auf Grund eines Werk-, Dienst- oder Lieferungsvertrages an der Herstellung des Baues beteiligt sind. Soweit der Anspruch der Baugläubiger auf ihre Erben oder sonstigen Rechtsnachfolger übergeht, und soweit trotzdem ihnen gegenüber die Baugeldverwendungspflicht bestehen bleibt, wird auch eine Berechtigung zur Erhebung der Schadensersatzklage bestehen. Zudem ist erforderlich, daß die unerlaubte Handlung unmittelbar das Interesse der einzelnen geschädigt hat (vgl. Prot. z. BGB. II, 569; RG. Bd. 63, S. 327; Bd. 73, S. 32; JW. 1910, 285[17]). Begeht der Baugläubiger

infolge seiner Verluste Selbstmord, so kann seine Witwe nicht deswegen Schadensersatz verlangen, weil sie den Kindern gegenüber nunmehr unterhaltspflichtig ist, wohl aber als Erbin ihres Mannes und als gesetzliche Vertreterin ihrer Kinder Ersatz für den Forderungsausfall ihres Mannes. Andere Personen, insbesondere der Geldgeber, Grundeigentümer oder Hypothekarier, sind durch das Gesetz nicht geschützt. Sie können eine Schadensersatzklage gegen den Baugeldempfänger, da die Pflichtverletzung ein deliktisches Verhalten im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuches ist, sofern ein Zusammenhang zwischen dieser und ihrem Schaden besteht, nicht auf § 823 Abs. 2 und § 1 Bauf. S. G., wohl aber auf §§ 823 Abs. 1, 826 BGB. stützen (vgl. Hagelberg 83; Friedlaender, Seuff. Bl. f. R. A. Bd. 69, 207, 513; Staudinger II, § 607, II, 9, h; dag. bayr. Oberst. L. G. n. F. Bd. 4, S. 415 f.)

Verpflichtet zum Schadensersatz ist der Baugeldempfänger. In dem Regelfalle, wenn der Baugeldempfänger mit dem vermögenslosen Bauunternehmer identisch ist, ist die Schadensersatzklage ohne praktischen Wert. Oft wird es jedoch vorkommen, daß der Kapitalist oder die Bank das Baugeld nicht dem Unternehmer selbst, sondern einer Mittelsperson gewährt, die als Baugeldempfängerin gilt. Derartige Baugeldempfänger werden kreditwürdige Personen oder Institute sein. Denn der Geldgeber nimmt zwar den Unternehmer zu seinem Hypothekenschuldner, wird aber oft daneben zu seiner Sicherheit verlangen, daß als Zweitschuldner eine weitere Person eintritt, die sowohl hinsichtlich ihrer persönlichen, wie vermögensrechtlichen Eigenschaften mehr Gewähr bietet, als der Unternehmer. Während nun die Baugläubiger in der Regel nur gegen diesen vertragliche Ansprüche haben, wird es für sie von Bedeutung sein, bei gesetzwidrigem Verhalten des Dritten gegen diesen mit der Schadensersatzklage vorgehen zu können (vgl. Breit JW. 1909, 351). Es können auch mehrere Personen als Baugeldempfänger nebeneinander oder hintereinander in Betracht kommen und sich schadensersatzpflichtig machen. Diese werden als Gesamtschuldner für den Schaden aufzukommen haben, wenn sie entweder eine zweckwidrige Verwendungshandlung gemeinsam vorgenommen haben oder die ihnen obliegende Beaufsichtigungspflicht schuldhaft außer acht gelassen haben. Da es sich nicht um eine höchstpersönliche Verpflichtung handelt, so kann der Baugeldempfänger sich bei der Ausübung der Verpflichtung der Hilfe anderer Personen bedienen, ohne daß ihm das Übertragen der Ausübung der Verpflichtung als Verschulden zuzurechnen ist. Oft wird die Zuhilfenahme Dritter durch den Empfänger zur Verwaltung und Verwendung der Baugelder mit Rücksicht auf eine ordnungsmäßige Geschäftsführung verlangt werden müssen. Deshalb kann der Ansicht Hagelbergs (83), daß eine Haftung des Baugeldempfängers aus § 831 BGB. bei Verletzungen der gesetzlichen Verpflichtung durch Angestellte nicht angängig sei, da die widerrechtliche Handlung nur in der Person des Baugeldempfängers vorliegen kann, nicht beigetreten werden. Da die Übertragung der tatsächlichen Ausübung der Verwendungspflicht an Dritte durch den Baugeldempfänger

nicht als gegen § 1 verstoßend anzusehen ist, wird sich auch seine Haftung für eine Entfremdung von Baugeldern durch Angestellte nach § 831 BGB. bestimmen. Daß die bestellte Person schuldhaft gehandelt habe, ist nicht Voraussetzung der Haftung des Empfängers (vgl. Staudinger II § 831 Ziff. 3, a.) Er wird frei sein, wenn er beweist, daß er bei Auswahl der zu der Verrichtung bestellten Person die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet hat, es sei denn, daß er lediglich Angestellte vorgeschoben hat, um sich der Ausübung der gesetzlichen Pflicht zu entziehen. Da die gesetzlichen Vertreter eines Geschäftsunfähigen oder einer juristischen Person oder der Ehemann als Baugeldempfänger gelten und ihnen für die vertretene Person kraft gesetzlicher oder statuarischer Bestimmung die Verpflichtung zur gesetzmäßigen Verwendung obliegt, so wird zwar nicht eine allgemeine außervertragliche Haftung natürlicher Personen für ihre gesetzlichen Vertreter geschaffen (vgl. Staudinger § 278, I Ziff. 1, b; RG. Bd. 67, 153), wohl aber werden nach § 31 BGB. ohne Zulassung des im § 831 erwähnten Entlastungsbeweises juristische Personen für den Schaden haften, den ihre verfassungsmäßig berufenen Vertreter durch eine in Ausführung der ihnen zustehenden Verrichtungen begangene, zum Schadensersatze verpflichtende Handlung einem Dritten zufügen (vgl. übereinstimmend Hagelberg 83, 84). Die Vorschrift des § 31 bezieht sich auch auf handelsrechtliche und sonstige juristische Personen des Privatrechts.[1]) Da § 31 die außerkontraktliche Haftung der juristischen Person ohne Rücksicht auf culpa behandelt, ist eine schuldhafte Handlung des Organs der juristischen Person nicht erforderlich.[2])

Da oft eine Person als Baugeldempfänger angesehen werden muß, die vermögenslos ist und nur durch andere, hinter ihr stehende Dritte vorgeschoben worden ist, ohne daß dieser Zusammenhang nachweisbar ist, wird es von Bedeutung sein, ob nicht diese treibenden, nach außen verborgenen Personen nach den Grundsätzen über die Teilnahme bei unerlaubten Handlungen schadensersatzpflichtig sind. Die Beteiligung mehrerer Personen an der Übertretung der gesetzlichen Verwendungspflicht kann eine solche sein, die den Tatbestand der Mittäterschaft, der Anstiftung oder Beihilfe erfüllt. Für den ganzen Schaden, der durch eine von mehreren Teilnehmern begangene Handlung entstanden ist, haftet jeder Teilnehmer, ohne Rücksicht darauf, inwieweit der Schaden gerade durch seine Tätigkeit verursacht oder mitverursacht worden ist, gemäß § 840 Abs. 1 BGB. als Gesamtschuldner. Daß die Bestimmungen des § 830 auch anwendbar sind, wenn die Zuwiderhandlung vorsätzlich gegen die gesetzliche Verpflichtung durch eine Handlung oder Unterlassung erfolgt, und auch der Teilnehmer den Baugeldempfänger vorsätzlich dazu bestimmt oder durch Rat und

---

[1]) vgl. über die Deliktshaftung der Organe der Aktiengesellschaft RG. Bd. 63, 328; Warneyer Jahrb. Erg. Bd. 1908, S. 366, der Geschäftsführer einer G. m. b. H. RG., DJZ. 1906, S. 823; OLG. Bd. 14, 368.

[2]) vgl. Staudinger I, § 31 Ziff. 2 und 10; Enneccerus I[1], § 103 S. 242, 243; RG., JW. 1908, 474[1]; a. M. Hagelberg 84.

Tat Hilfe leistet, wird zweifellos sein (vgl. Liszt[1]) 76 f.). Ob des weiteren die Normen des § 830 Abs. 1 S. 1 und Abs. 2 auch für die fahrlässigen Delikte gelten, hängt von der Beantwortung der Frage ab, ob auch bei diesen Delikten Mittäterschaft, Anstiftung oder Beihilfe möglich ist. Dies wird zwar von der herrschenden strafrechtlichen Lehre verneint. Dennoch müssen aber in solchen Fällen die fraglichen Bestimmungen entsprechende Anwendung finden[2]). Die in § 5 aufgestellten Voraussetzungen für die Strafbarkeit brauchen für eine Teilnahmehandlung ebensowenig vorzuliegen, wie für die Handlung des Täters. Ein Teilnehmer wird daher auch dann für schadensersatzpflichtig zu erachten sein, wenn er unter Außerachtlassung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt annahm, daß der Baugeldempfänger zu der fraglichen Verwendungshandlung, durch die der Baugeldempfänger den Beteiligten das Baugeld in fahrlässiger Weise entzieht, zu einem Verbrauch nach § 1 Abs. 1 S. 2 und Abs. 2 berechtigt sei, oder daß es sich nicht um Baugeld handele, das der gesetzlichen Verwendungspflicht unterworfen sei. Jedoch kann auch hier das Verschulden des Teilnehmers wegen entschuldbaren Rechtsirrtums entfallen. Entschuldbar ist der Rechtsirrtum jedoch nicht dann, wenn er bei gehöriger Sorgfalt und gewissenhafter Erkundigung hätte wissen müssen, daß durch die Auszahlung des Baugeldes eine Verletzung des § 1 durch den Baugeldempfänger begangen wird. Auch die Schadensersatzpflicht des Teilnehmers setzt Widerrechtlichkeit der Handlung des Teilnehmers voraus.

Da Anstifter und Gehilfen hinsichtlich der Schadensersatzpflicht Mittätern gleichstehen, kommt es auf die unterscheidenden Merkmale zwischen den einzelnen Begriffen nicht an. Im einzelnen wird zu sagen sein, daß Mittäterschaft ein bewußtes und gewolltes Zusammenwirken mehrerer voraussetzt und begrifflich nur bei einer Mehrheit von Baugeldempfängern wird vorliegen hönnen (vgl. Hagelberg 84), da derjenige, der nicht Täter sein kann, auch nicht Mittäter wird sein können. Auf die Art und das Maß der Tätigkeit des einzelnen kommt es nicht an, auch intellektuelle Mitwirkung ist ausreichend (RG., Gruchots Beitr. Bd. 51, 994 f.). Bei Übernahme der Baugeldverwendung durch einen mehrgliedrigen Vorstand einer Aktiengesellschaft oder die Geschäftsführer einer G. m. b. H. wird bei Verletzung der Verpflichtung Mittäterschaft vorliegen können. Teilnehmer an der Verletzung der gesetzlichen Baugeldverwendungspflicht können auch Nichtbaugeldempfänger sein. Es ist nicht erforderlich, daß, obwohl die Haftbarkeit des Täters durch seine Eigenschaft als Baugeldempfänger begründet wird, die Teilnehmer, Anstifter oder Gehilfen, auch diese persönliche Eigenschaft besitzen

---

[1]) Die Deliktsobligation im System des BGB., Berlin 1898.

[2]) vgl. Staudinger II § 830 Z. 6; Liszt 77; Crome 1069; Dernburg § 386 Ziff. 1; Planck Bem. 1 und 3; Schollmeyer 227; Kuhlenbeck Nr. 1; RG. Bd. 58, 359 a. M. Hagelberg 85, der vorsätzliches Handeln des Haupttäters und ferner vorsätzliche Hilfeleistung gestützt auf RG., JW. 1900, 8; Bd. 16, 277; Bd. 27, 316 verlangt und damit schlechthin die strafrechtlichen Grundsätze für den zivilrechtlichen Schadensersatzanspruch maßgebend sein läßt.

müssen. Die Anstiftung zu einer gesetzwidrigen Beiseiteschaffung oder zu einer Verwendung zu Gunsten baufremder Personen kann durch Geschenke oder Versprechen, durch Drohung, durch absichtliche Herbeiführung oder Beförderung eines Irrtums oder durch andere Mittel erfolgen. Ein Lieferant von Zubehör bestimmt den Baugeldempfänger, ihn zu befriedigen, indem er ihm darüber eine falsche Vorstellung beibringt, daß er zu den in § 1 bezeichneten Gläubigern gehört: Eine vorsätzliche Anstiftung zu einer fahrlässigen Übertretung der Verpflichtung. Durch übermäßiges, schenkweises Ablassen der ausbedungenen Vergütung dem Empfänger gegenüber erreicht es ein Gläubiger, der nicht Baugläubiger ist, aus dem Baugeld für den Restbetrag Befriedigung zu erhalten. Häufig wird der Fall der Beihilfe vorliegen. (vgl. Mügel 10, 21; Hagelberg 84, 85; Hillig 34.) Als Gehilfe kann auch wiederum der einzelne Baugläubiger angesehen werden, der nicht zu den berechtigten Personen des § 1 gehört. Jedoch wird es zu weit gehen, allein in der Annahme von Baugeld zur Befriedigung wegen einer Forderung eine Unterstützungshandlung zu erblicken (vgl. Schneider 47). Steht dem Gläubiger ein Recht zu und wird dieses durch die Zahlung aus dem Baugeld getilgt, so erhält er nur, was ihm zusteht, auch wenn er dem Baugeldempfänger geraten hat, ihn aus dem Baugeld zu befriedigen (a. M. Hagelberg 84; Hillig 34;), da es dem Gläubiger sonst freisteht, den Baugeldanspruch zu pfänden. Es müßte dann in diesem zwangsweisen Vorgehen gleicherweise eine strafbare Handlung zu sehen sein. Auch die Ausbedingung einer Zahlung aus dem Baugeld durch einen Gläubiger kann aus dem gleichen Grunde nicht widerrechtlich sein. Es wäre nicht zu verstehen, daß sich zwar der Gläubiger zwangsweise aus dem Baugeld befriedigen dürfte, aber eine Annahme des Baugeldes durch freiwillige Zahlung eine unerlaubte Unterstützungshandlung darstellen sollte. Ob der Baugeldempfänger sich dadurch ersatzpflichtig macht, ist eine andere Frage. Wer daher auf Grund eines rechtlich begründeten Anspruchs Baugeld entgegen seiner Zweckbestimmung trotz Kenntnis der vorsätzlichen Pflichtverletzung des Baugeldempfängers entgegennimmt, macht sich nicht als Gehilfe schadensersatzpflichtig. Anders jedoch, wenn die Forderung nur zum Schein eingegangen ist oder dem Gläubiger eine erhöhte Zahlung gewährt wird mit der Bedingung, einen Teil dem Baugeldempfänger abzugeben. Auch diejenigen Personen, Angestellte, Bevollmächtigte, die für den Baugeldempfänger in tatsächlicher Beziehung die Baugeldverwendung ausüben, oder seine Familienmitglieder können sich als Gehilfen haftbar machen, wenn sie z. B. den Auftrag, der, wie sie wissen, einen Verstoß gegen § 1 enthält, ausführen. In gleicher Weise kann auch der Treuhänder als Gehilfe bei Verteilung der Baugelder haftpflichtig werden. Für die Baugläubiger wird es von Wichtigkeit sein, ob auch der Baugeldgeber als Teilnehmer in Frage kommen kann, da es sich meist um eine zahlungsfähige Person handeln wird. Es ist nicht zu rechtfertigen, daß die entwickelten Grundsätze nicht auch auf den Baugeldgeber Anwendung finden sollen. (a. M. Mügel 10, 21; Schneider 47; jedoch Hagelberg 85). Zu beachten wird aber vornehmlich sein,

ob, da auch die Schadensersatzpflicht des Teilnehmers Widerrechtlichkeit seiner Handlung voraussetzt, dem Baugeldempfänger nicht ein Recht auf Vornahme der Handlung, auf Auszahlung der Geldbeträge an Dritte auf Anweisung des Empfängers zusteht. Dieses Recht kann ihm auf Grund des Bauvertrages eingeräumt sein. Wenn das Verhältnis zwischen der gesetzlichen Verpflichtung und dem Bauvertrage ein derartiges ist, daß der Bauvertrag die Grundlage der Verpflichtung bildet, diese in gewissem Maße einschränken und verändern kann, so ist es rechtlich nicht zu beanstanden, wenn dem Baugeldgeber vertragliche Rechte eingeräumt sind, die mit der Durchführung der gesetzlichen Verpflichtung im Widerspruch stehen. Da ihm damit ein Recht zusteht und der Handlung das Erfordernis der Widerrechtlichkeit genommen ist, kann auch die auf Grund dieses Rechtes vorgenommene Handlung den Baugeldgeber nicht zum Schadensersatz verpflichten. Der Baugeldgeber handelt auch nicht als Vertreter des Baugeldempfängers an dessen Statt, sondern kraft eigener Rechtsbefugnis (a. M. Mügel 21; entg. Hagelberg 85). Dennoch steht diese vertragliche Befugnis, dem Vertragsteil nur soweit zu, als derartige Bestimmungen ausdrücklich getroffen sind oder überhaupt getroffen werden können. Werden Baugelder schlechthin gewährt, so ist die gesetzliche Folge, daß eine Verwendung nach § 1 einzutreten hat. Damit erhält der Baugeldgeber noch keinen Einfluß auf die Verwendung. Zahlt daher der Geldgeber auf Anweisung des Darleihers ohne Prüfung ihrer Berechtigung an dritte Personen, so wird er schadensersatzpflichtig werden. Wird aber in dem Vertrag ein Vorbehalt getroffen, daß bei Eintreten gewisser Umstände, z. B. bei unsachgemäßer Bauausführung oder bei gewissenloser Verwendung der Baugelder, dem Baugeldgeber das Recht zustehen soll, die Baugelder nach eigener Entscheidung auszuzahlen, so wird dadurch dem Baugeldgeber die Befugnis gewährt, auch abweichend von der gesetzlichen Verpflichtung darüber zu verfügen, ohne einen Verstoß gegen § 1 zu begehen. Seine Handlungsweise ist Ausfluß des rechtsgültigen Vertrages. Als Baugeldempfänger kann der Baugeldgeber nicht angesehen werden, da er über eigenes Geld verfügt. Da mit dem einmaligen Eintritt der unbeschränkten gesetzlichen Verwendungspflicht diese unverändert fortbestehen muß, ohne daß diese, sofern nicht im Baugeldvertrage Vorbehalte getroffen sind, nachträglich vertraglich anderweitig geregelt werden darf, so wird trotz rechtsgeschäftlicher Gültigkeit dieser Verabredungen der Baugeldempfänger den § 1 übertreten und damit auch der Baugeldempfänger als Gehilfe in Betracht kommen können. Haben jedoch die Baugläubiger ihre Zustimmung zu der in das billige Ermessen des Baugeldgebers gestellten Verwendung gegeben, so sind damit die von diesem vorgenommenen Handlungen nicht widerrechtlich und können somit nicht zum Ersatz führen. Das ergibt sich daraus, daß auch auf die aus der Verletzung öffentlicher Rechte entstehenden privatrechtlichen Ersatzbefugnisse durch Parteivereinbarung verzichtet werden kann (a. M. Hagelberg 85). Dieselben Grundsätze werden für den Treuhänder des Baugeldempfängers gelten, wenn in dem Treuhandvertrag die Vorschriften für die Verteilung gegeben

sind. Doch kann auch durch einen Verstoß gegen die vertraglichen Rechte die Ersatzpflicht in diesen Fällen begründet werden (a. M. Hagelberg 85).

§ 15. Die öffentlich-rechtlichen Folgen einer Pflichtverletzung.

Die Baugläubiger erstreben bei Verfolgung ihrer vermögensrechtlichen Interessen, die auf privatrechtlichem Titel beruhen, und deren Grundlage § 1 des Bauf. S. G. bildet, unmittelbare Befriedigung oder Sicherstellung ihrer Bauforderungen. Durch weitere Vorschriften zu ihrem Gunsten sind Rechtsschutzmittel geschaffen worden, die unter Androhung strafrechtlicher Verfolgung auf die Einhaltung der gesetzlichen Verpflichtung einen Einfluß ausüben wollen und eine Ausscheidung unehrlicher Elemente aus dem Baugewerbestand, vor allem dem Unternehmertum, zu dem auch vorwiegend die Baugeldempfänger gehören werden, ermöglichen. Es handelt sich in § 5 des Bauf. S. G. und in §§ 35, 35a, 53a der Reichsgewerbeordnung um Maßregeln, die einer Schädigung der an der Herstellung von Bauten beteiligten Personen vorbeugen sollen.

I.

Bei dem Überhandnehmen der unfähigen Elemente im Baugewerbe, die allen möglichen Berufszweigen angehören und oft von der Bautechnik nicht die geringste Kenntnis besitzen, die aber bei ihrem weiten Gewissen von den Terrainspekulanten und Baugeldgebern mit Vorliebe herangezogen werden, wird nicht nur der redliche Teil des Bauunternehmertums in wirtschaftliche Bedrängnis gebracht, zugleich werden auch die Gefahren, die nicht allein auf die Unkenntnis des Bauausführenden, vor allem auf den Leichtsinn und die Gewinnsucht, die zur Verwendung schlechter Materialien, zu gewagten Konstruktionen und dergl. verleiten, zurückgeführt werden können (vgl. Stier Somlo 15), für den am Bau beschäftigten Arbeiter- und Handwerkerstand beträchtlich erhöht. Daher wurden zunächst in Hinsicht hierauf durch Gesetz vom 7. 1. 1907, betr. die Abänderung der Gewerbeordnung in Kraft seit dem 1. April 1907, die §§ 35 Abs. 5, 35a, 53a und 54 Abs. 2 eingefügt, sowie durch Gesetz vom 30. Mai 1908 der § 133 Abs. 1 geändert.[1]) Durch diese Maßnahmen wird den Verwaltungsbehörden die Handhabe gegeben, ungeeignete Personen, Bauunternehmer, wie Bauleiter, überhaupt vom Baugewerbe oder doch von dem Betrieb einzelner Zweige des Baugewerbes[2]) auszuschließen, „wenn Tatsachen vorliegen, welche die Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden in Bezug auf diesen Ge-

[1]) vgl. R.T. Verh. Drucks. 1905/06 Nr. 101 Entw. Nr. 361 Komm. Ber. — Landmann Komm. z. G. O. 1911, 6 § 35, 10 d; Neukamp § 35, Anm. 20.

[2]) Die Untersagung kann auch einer juristischen Person, einer Aktiengesellschaft, einer G. m. b. H. oder einer anderen Personengemeinschaft gegenüber ausgesprochen werden. vgl. Urt. d. pr. O. V. G. 25. I 1906; Reger 27, 33; die Richtigkeit dieser Entscheidung wurde bei den Verhandlungen über die Novelle vom 7. I. 1907 ausdrücklich anerkannt. Sten. B. 1906 S. 3770, 3776, 4271 — 72; vgl. v. Landmann 373.

werbebetrieb dartun". Die Untersagung muß beim Vorliegen dieser Voraussetzung erfolgen (vgl. v. Landmann 370). Solche Tatsachen, sagt die Regierungsbegründung zu dem Gesetz, können nach der Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte auf beruflichem, wie moralischem und wirtschaftlichem Gebiete liegen[1]). Dadurch wird die Möglichkeit gegeben, „dem gewissenlosen Treiben jener berüchtigten Bauunternehmer zu begegnen, die sich den wohlerworbenen Ansprüchen der von ihnen beschäftigten Bauhandwerker und Arbeiter aus Leichtsinn oder arglistig entziehen".[2]) Dennoch können diese Vorschriften nur Personen gegenüber angewendet werden, die ihre Unzuverlässigkeit bereits offenbart haben. Davon kann gewöhnlich nur gesprochen werden, wenn sie schon bei früheren Unternehmungen die Baugläubiger geschädigt haben. Nur nachträglich kann eine Untersagung stattfinden (vgl. Stier-Somlo 20). Neben anderen Umständen wird vornehmlich zu beachten sein, ob der Unternehmer sich der ihm als Baugeldempfänger obliegenden gesetzlichen Verpflichtung in irgend einer Weise zu entziehen, sie durch rechtsgeschäftliche Abmachungen auszuschalten oder auf andere Personen abzuwälzen versucht oder in besonders grober Weise verletzt hat. Es werden auch zivilrechtliche Klagen geeignet sein, die Unzuverlässigkeit des Bauunternehmers darzutun; dadurch wird eine Unzuverlässigkeit in Bezug auf den Gewerbebetrieb zu Tage treten, weil daraus zu ersehen sein wird, daß er gewohnheitsmäßig leichtfertigerweise Verpflichtungen gegenüber Bauhandwerkern und Arbeitern eingeht, denen nachzukommen er außerstande oder nicht gewillt ist, oder daß es bei ihm an theoretischer oder praktischer Vorbildung gebricht. Vor allem wird aber auch die Einleitung oder Durchführung eines Strafverfahrens wegen Verletzung der §§ 5, 6, 7, des Bauf. S.G. hierfür entscheidend sein. (vgl. Landmann a. a. O. 391; Hagelberg 81). Ob schon im einzelnen Falle ein Verschulden des Baugeldempfängers diesen Schluß rechtfertigen wird, kann nicht einheitlich entschieden werden. Es werden vielmehr die besonderen Umstände in Betracht zu ziehen und zu erwägen sein, ob aus der Art des Verschuldens die moralische, geschäftliche oder finanzielle Unzuverlässigkeit des Unternehmers zu folgern ist.

Die Vorschriften der Gewerbeordnung sind, namentlich um eine Verwendung des zu Bauzwecken bestimmten Geldes mittelbar herbeizuführen, unzulänglich. Schon das Erfordernis des Feststellens von Tatsachen, die oft erst nach vorhergängigen Schädigungen der Handwerker und Lieferanten wird erfolgen können, machen die Bestimmungen zu einem wenig brauchbaren Mittel, um die Baugläubiger vor Verlusten zu bewahren. Zudem wird, wenn dem Unternehmer auch die Ausübung des Gewerbebetriebes untersagt wird, damit ihm nicht zugleich die Fähigkeit genommen, als Bau-

---

[1]) Ent. d. bayr. V. G. H. G., Arch. 8,276; Ent. d. pr. O. V. G., G. Arch. 9, 608: Verstoß gegen die Bauvorschriften. H. Min. E. vom 27. IV. 1910 (H. Min. Bl. S. 168) Entsch. des Hamb. S. in Stier-Somlo Jahr. d. Verw. R. 3, 853: Konkurseröffnung und Leistung des Offenbarungseides. vgl. Stier-Somlo 21.

[2]) Mot. Drucksachen des R. T. 11. Leg. Periode, II. Session 1905-06 Nr. 101. S. 1823.

geldempfänger weiterzuwirken und in dieser Eigenschaft durch Entziehung der Baugelder den Baugläubigern Schaden zuzufügen. Auch wird bei unseren heutigen Verkehrsverbindungen und dem Anwachsen der Städte der Unternehmer seine Tätigkeit leicht von einem Schauplatz auf den anderen verlegen und, wenn es nottut, unter anderen Namen Bauausführungen übernehmen können, ohne daß seine Unschädlichmachung erfolgen kann.[1]). Daher wird in diesem Regressivschutz kein ausreichendes Mittel zur Unterdrückung des Bauschwindels und zur Abwehr der die Handwerker treffenden Verluste zu erblicken sein, wenn auch die Regierungen seine schärfere Anwendung empfehlen.

II.

1) In § 5 hat das Bauf. S. G. zu der Maßregel gegriffen, Handlungen, die eine dem § 1 nicht entsprechende Verwendung des Baugeldes bezwecken, unter gewissen Voraussetzungen zu bestrafen. Diese Bestimmung verfolgt daher die Tendenz, den Baugeldempfänger im Interesse der Baugläubiger zu wirtschaftlicher Verwendung des Baugeldes anzuhalten. Bestraft soll jedoch eine Zuwiderhandlung nur werden, wenn der Baugeldempfänger zum Nachteile der Baugläubiger den Vorschriften des § 1 vorsätzlich zuwiderhandelt unter den weiteren Voraussetzungen einer Zahlungseinstellung des Empfängers oder Konkurseröffnung über sein Vermögen und einer tatsächlichen Benachteiligung seiner Baugläubiger. Bei dieser Ausgestaltung der Strafvorschrift tritt ihre Ähnlichkeit mit den Bestimmungen der Konkursordnung (§§ 239 ff.) deutlich hervor. Es sollte auch, wie durch diese Bestimmungen, ein ähnlicher Erfolg, die Verhütung einer Verletzung oder Gefährdung von Gläubigerrechten, erzielt werden. Die Abweichungen erklären sich aus der Verfolgung des besonderen Zweckes, lediglich einen Teil der Gläubiger des Baugeldempfängers zu schützen, ihnen einen von vornherein für Bauzwecke bestimmten Vermögensteil vorzubehalten und dadurch ihre Befriedigung herbeizuführen. Es wird daher nicht die Gesamtheit der Gläubiger mittelbar geschützt, sondern nur ein Teil und auch dieser nur soweit, als Baugeld zu ihrer Befriedigung kraft der gesetzlichen Verpflichtung hätte verwendet werden sollen. Dennoch ist diesen Abweichungen für die Auffas-

---

[1]) Ob die Untersagung für das ganze Reichsgebiet oder nur territorial für das betreffende Staatsgebiet bezw. für den Bezirk der entscheidenden Behörde wirksam ist, ist bestritten. Die Wirkung über den Bezirk hinaus wird mit Recht von v. Landmann verneint. „Da sich die Zuständigkeit einer Behörde nicht über ihren Bezirk hinaus erstreckt, ist anzunehmen, daß auch die Wirkung der Untersagung nur für den Bezirk der Behörde gilt, sofern nicht landesrechtlich etwas anderes bestimmt ist. Dafür, daß ihre Wirkung über das betreffende Staatsgebiet hinaus sich erstrecke, fehlt eine entsprechende ausdrückliche reichsgesetzliche Bestimmung". a. a. O. S. 372; dag. jetzt Ent. d. Ober V. G. vom 15. X. 1908 im Gewerbe Arch. 8, 432: „Die Untersagung gelte für das Staatsgebiet." Dem praktischen Bedürfnis kann dadurch genügt werden, daß die für das Gebiet eines Bundesstaates von der zuständigen Behörde ausgesprochenen Untersagung, falls der Sitz des Gewerbebetriebes in einen anderen Bundesstaat verlegt wird, dort ebenfalls ausgesprochen wird; vgl. Landmann 373; Stier-Somlo 22.

sung und Auslegung der Strafvorschrift des § 5 nicht die Bedeutung beizumessen, daß nicht die in der Rechtsprechung und Literatur über die Konkursdelikte ausgebildeten Grundsätze verwertet und auch für diese Strafvorschrift als zu beachtende Auslegungsregeln herangezogen werden können.

Um das Wesen der strafbaren Baugeldverwendung zu erkennen, werden die strafbare Handlung und der Angriffsgegenstand ausschlaggebend sein, dessen Verletzung die Strafvorschrift verhindern will. Aus der Gestaltung des Delikts ist zu entnehmen, daß der Gesetzgeber sich darauf beschränkt hat, beim Eintreten der Zahlungseinstellung durch den Baugeldempfänger oder der Konkurseröffnung über sein Vermögen und bei einer tatsächlichen Benachteiligung der in § 1 Abs. 1 bezeichneten Personen die vorsätzliche Abweichung von der gesetzlich geregelten Baugeldverwendungspflicht unter Strafe zu stellen. Es handelt sich mithin um ein Vermögensdelikt. Der unter Strafe gestellte Angriff richtet sich gegen vermögensrechtliche Forderungsrechte eines beschränkten Personenkreises, nämlich der Baugläubiger. Neben das Erfordernis einer Verletzung oder Gefährdung der Gläubigerrechte schlechthin, das bei den Konkursdelikten aus der Aufstellung der Voraussetzung der Z. E. (K. E.) als Vermutung zu entnehmen ist, wird die Benachteiligung der Baugläubiger durch das Gesetz ausdrücklich hinzugefügt, und damit ist zum Ausdruck gekommen, daß es sich um eine Schutzvorschrift gegen eine Verletzung der Rechte dieser Gläubiger handelt. Das geschützte Rechtsgut sind daher in erster Linie die Rechte der Baugläubigerschaft. Die Verletzung der diese Rechte schützenden Verwendungspflicht bildet rein dogmatisch „das Grunddelikt". Dadurch wird jedoch nicht die allgemeine Tendenz der Strafvorschrift, der Sicherung des Kreditwesens zu dienen, verwischt. Der Strafzweck greift über die Vermögensinteressen der Nächstbeteiligten hinaus und will einer Erschütterung von Treu und Glauben, der Unsicherheit des Kreditwesens im Baugewerbe vorbeugen. Aus diesen beiden Gesichtspunkten ergibt sich die Grundlage der Strafbarkeit. Es wird sich daher die Einordnung der Strafvorschrift unter die Bankerottdelikte wohl rechtfertigen lassen (vgl. Hillig 43).

2.) Der Tatbestand des Delikts.

Die juristische Analyse des § 5 Bauf. S. G. erfordert in objektiver Beziehung, daß der Täter eine Zuwiderhandlung gegen die gesetzliche Baugeldverwendungspflicht vornimmt und ihm die Stellung als Baugeldempfänger im Sinne des Gesetzes zukommt. Neben diese objektiven Merkmale treten als Voraussetzungen der Strafbarkeit die Zahlungseinstellung des Baugeldempfängers oder die Konkurseröffnung über sein Vermögen und die Benachteiligung der in § 1 Abs. 1 genannten Personen, sofern sie seine Gläubiger sind. Zum subjektiven Tatbestand gehört, daß der Täter vorsätzlich zum Nachteil dieser Personen den Vorschriften des § 1 zuwidergehandelt hat.

A. Der objektive Tatbestand.

a) Die strafbare Handlung.

Diejenigen Handlungen, durch welche die gesetzliche Baugeldverwendungspflicht verletzt wird, stellen die mit Strafe bedrohten Deliktshandlungen dar. Das Gesetz unterläßt es, im Gegensatz zur Konkursordnung, eine Reihe einzelner, genau bezeichneter Handlungen unter Strafe zu stellen. Infolge des Fehlens einer kasuistischen Fassung werden daher alle Handlungen des Baugeldempfängers, die eine Zuwiderhandlung gegen die gesetzliche Verpflichtung darstellen, als gleichwertig anzusehen sein. Aus dem Inhalt der Verpflichtung wird zu entnehmen sein, worin und wann eine objektive Zuwiderhandlung vorliegen wird. Die Verpflichtung besteht in erster Linie in positiven Verwendungshandlungen, die der Baugeldempfänger in dem gesetzlichen Umfange einhalten muß. Er darf nicht Baugeld ohne weiteres zu anderen, nicht mit dem Bau im Zusammenhang stehenden Zwecken verwenden, indem er es für sich beiseite schafft oder an Baufremde auszahlt oder über den Baugeldanspruch zu Gunsten solcher Personen durch Abtretung oder Anweisung verfügt. Er darf auch nicht die Ausübung der Verwendungspflicht durch Einbehalten des Baugeldes überhaupt oder über Gebühr unterlassen. (Über den Zeitpunkt der Verwendung vgl. oben § 11 S. 104 f.) Um die Ausübung dieses Teiles der Verpflichtung zu ermöglichen, liegt dem Baugeldempfanger ob, sich in den Besitz des Geldes zu setzen und es ordnungsmäßig zu verwahren. Oder er verletzt die ihm obliegende Prüfungspflicht der Bauforderungen, die er befriedigt, oder macht wegen eigener Leistungen oder der Befriedigung der Baugläubiger aus anderweitigen Mitteln unangemessne Abzüge von dem Baugeld. Schließlich hat er die Pflicht, soweit ihm die Verfügung über das Baugeld zusteht, ein Eingreifen dritter Personen, namentlich des Baugeldgebers, des Mitbaugeldempfängers oder seiner Angestellten, zu untersagen oder den Erfolg ihrer Maßregeln abzuwenden oder den von ihnen getroffenen Anordnungen nicht nachzukommen. Das wird zu beachten sein, wenn der Baugeldgeber Zahlungen aus dem Baugeld in einer dem Baugeldvertrag nicht entsprechenden Weise zu Gunsten der Baugläubiger oder an Baufremde vornehmen will oder eine Pfändung des Baugeldanspruchs durch solche Personen bevorsteht oder erfolgt ist und der Darleiher diesen Forderungen nachkommen will. Es wird daher ein Zuwiderhandeln gegen die Vorschriften des § 1 sowohl in einem Handeln, wie einem Unterlassen gefunden werden können und dann gegeben sein, wenn die Pflicht in einem ihrer Bestandteile nicht eingehalten worden ist.

b) Die Voraussetzungen der Strafbarkeit.

aa) Allgemeines.

Liegen auch Pflichtverletzungen vor, die die mit Strafe bedrohten Handlungen darstellen, so wird aus ihnen nicht ohne weiteres auf eine Verletzung der Rechte der Baugläubiger geschlossen, vielmehr stellt das Gesetz neben die eigentliche Deliktshandlung als ob-

jektive Voraussetzungen ihrer Strafbarkeit die Zahlungseinstellung (Z. E.) des Baugeldempfängers oder die Konkurseröffnung (K. E.) über sein Vermögen und die Benachteiligung seiner Baugläubiger zur Zeit der Z. E. oder K. E. In der Literatur und Praxis zu den Kurkursvergehen ist die Frage bestritten, welche Bedeutung der Z. E. oder K. E. für den Tatbestand des strafbaren Bankerotts beizumessen ist, ob in der Z. E. (K. E.) nur eine Voraussetzung der Strafbarkeit oder ein Tatbestandsmerkmal des Delikts zu sehen ist. Das Reichsgericht und auch die Mehrzahl der Schriftsteller (vgl. Lit. bei Olshausen Bd. II 1509, Hagelberg 119) stehen auf dem Standpunkt, daß die Z. E. (K. E.) ein Tatbestandsmerkmal des Bankerotts, ein „Element der Handlung" ist. Auf der anderen Seite wird jedoch die Z. E. (K. E.) als bloße Bedingung der Strafbarkeit angesehen.

Der ersteren Ansicht kann für den Tatbestand der strafbaren Baugeldentfremdung nicht beigetreten werden. Dieselben Gründe, welche gegen diese Auffassung der Konkursdelikte sprechen und die daraus zu ziehenden Folgerungen werden auch für die Beurteilung der Z. E. oder K. E. und die diesen Vorgängen gleichgestellte Benachteiligung der Baugläubiger entscheidend sein. Nach dem juristischen Sprachgebrauch sind unter Tatbestandsmerkmalen diejenigen Merkmale der Handlung zu verstehen, die vom Täter schuldhafter Weise verwirklicht wurden. Es kann aber — und hierüber herrscht in Theorie und Praxis zu den Konkursdelikten Übereinstimmung — weder ein ursächlicher Zusammenhang zwischen diesen Vorgängen und den einzelnen unter Strafe gestellten Handlungen gefordert werden, noch kann verlangt werden, daß die Z. E. (K. E.) von dem Verschulden des Täters umfaßt wird (RG. Str. Bd. 16, 189, 279). Ihr objektives Vorliegen genügt. Daran wird auch für § 5 Bauf. S. G. festzuhalten sein. Die deliktischen Handlungen können der Z. E. (K. E.) nachfolgen und vorausgehen (vgl. RG. Str. Bd. 9, 134; 11, 386; 14, 221 ff.). Zwar weist die Natur der Sache auf eine vorgängige Begehung der Handlung hin. Jedoch nötigt der Wortlaut des Gesetzes nicht zu dem Schluß, mit dem Zeitpunkt der Z. E. (K. E.) einen Abschnitt eintreten zu lassen. Daher wird das Gesetz eine bestimmte zeitliche Folge der Handlungen nicht verlangen (vgl. Jäger § 239 Anm. 21; Rechtspr. 8, 463; 2, 280). Ausgeschlossen wird jedoch die Bestrafung, wenn die strafbaren Verwendungshandlungen nach Wiederaufnahme der Z. E. oder ordnungsmäßigen Beendigung des Konkurses vorgenommen worden sind. (RG. Str. 9, 134; Rechtspr. 8, 451, abweichend RG. Str. 11, 386; 22, 437 ff.; Rechtspr. 6, 787). Die Z. E. (K. E.) kommt dann als Strafbarkeitsbedingung nicht mehr in Frage (vgl. Hillig 45).

Auch für die Beurteilung einer Benachteiligung der Baugläubiger im Tatbestand der Strafvorschrift werden dieselben Grundsätze zu gelten haben. Wenn sich auch der Vorsatz des Täters auf eine Benachteiligung der Baugläubiger erstrecken muß, so brauchen weder die tatsächlich eingetretene Benachteiligung diejenige zu sein, die er herbeiführen wollte, noch die benachteiligten Baugläubiger diejenigen zu sein, zu deren Nachteil der Täter die Zuwiderhandlung

vorgenommen hat. Deshalb ist auch nicht aus dem im Bauf. S. G. ausdrücklich aufgestellten Erfordernis der Benachteiligung zu entnehmen, daß die Benachteiligung Bestandteil der strafbaren Baugeldentfremdung ist (a. M. Hagelberg 119).

Wird aber von einem Zusammenhang zwischen dem deliktischen Handeln und der Z. E. (K. E.) und Benachteiligung der Baugläubiger abgesehen, so können die Z. E. und Gläubigerbenachteiligung nur als Umstände betrachtet werden, von deren Vorhandensein die Strafbarkeit einer Zuwiderhandlung gegen die gesetzliche Verpflichtung abhängig gemacht ist (vgl. Hillig 45, Simon 30; a. M. Hagelberg 119, Schneider 54). Es kann zwar nicht geleugnet werden, daß eine gewisse Beziehung zwischen der Baugeldverwendungspflicht und der Person des Baugeldempfängers einerseits und der Z. E. (K. E.) und Gläubigerbenachteiligung andererseits bestehen muß. So kann der Empfänger nicht bestraft werden, wenn er seiner Verpflichtung bei der Verwendung einer Baugeldsumme nachgekommen ist, die er für einen Bau empfangen hat, bei dessen Herstellung Gläubiger nicht benachteiligt sind, obwohl bei einem anderen Bau Gläubiger Verluste erlitten haben, für dessen Herstellung er jedoch kein Baugeld erhalten hat. Die beseite geschafften Baugelder stammen nicht aus dem Vermögen, das zur Befriedigung der benachteiligten Gläubiger bestimmt ist. Liegt zwischen der Zuwiderhandlung und der Z. E. (K. E.) ein früherer Konkurs, bei dem eine Bestrafung nicht erfolgt ist, so kann es bei einem erneuten Konkurs wegen jener Handlungen nicht zur Bestrafung kommen (vgl. RG. Str. 29, 222 ff.; 39, 165; Goltd. Arch. 35, 313). Oder die Zuwiderhandlung wird zu einer Zeit vorgenommen, in der der Konkurs über das Vermögen des Empfängers bereits beendigt ist (vgl. RG. Str. 9, 134; Stenglein § 239 A. Ziff. 6, S. 767; Rechtsspr. 5, 226; 8, 451). War der Baugeldempfänger Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft, so kann er nur dann verantwortlich gemacht werden, wenn die der Z. E. (K. E.) zugrunde liegenden Geschäftsschulden aus seiner Geschäftszeit stammen (RG. Str. 35, 83). Dasselbe wird gelten, wenn er zwar als Teilhaber der offenen Handelsgesellschaft das dieser gewährte Baugeld gesetzwidrig verwendet hat, jedoch nur über sein Privatvermögen das Konkursverfahren eröffnet ist. Es muß über diejenige Vermögensmasse der Konkurs eingeleitet oder in Bezug auf diese die Zahlungen eingestellt sein, zu der das Baugeld zu rechnen ist (vgl. RG. Str. 39, 135). Ist der Konkurs über eine Firma eröffnet, so wird der frühere Mitinhaber der Firma wegen der zu seiner Geschäftszeit begangenen Handlungen nur bestraft werden können, wenn auch er selbst die Zahlungen eingestellt hat oder über sein Vermögen das Konkursverfahren eröffnet worden ist (RG. Str. 41, 426). Dieser Zusammenhang zwischen der Z. E. (K. E.) oder Gläubigerbenachteiligung und den Zuwiderhandlungen gegen § 1 ist indessen nur ein äußerlicher, zeitlicher, den Tatbestand der strafbaren Baugeldverwendung begrenzender (vgl. Olshausen § 239 Ziff. 33, S. 1524; RG. Str. 29, 222; 39, 165), und macht daher diese Vorgänge nicht zu Bestandteilen des deliktischen Tatbestandes, der allein in einer Verletzungshandlung der gesetzlichen Baugeldverwendungs-

pflicht zu erblicken ist und nicht in einem Konkursverfahren oder in einer unter allen Umständen strafbaren Benachteiligung von Baugläubigern. Bei dieser Auffassung wird auch die Z. E. (K. E.) und Gläubigerbenachteiligung für die Frage nach der Vollendung des Delikts, nach Ort und Zeit der Begehung, dem Eintritt der Verjährung, dem Zusammenhang mit anderen Straftaten im großen und ganzen belanglos bleiben.

Da das Vergehen der strafbaren Baugeldentfremdung vollendet[1]) ist, wenn sämtliche Tatbestandsmerkmale gegeben sind und Z. E. (K. E.), sowie Benachteiligung der Baugläubiger nicht Tatbestandsmerkmale sind, sondern lediglich zu den strafbaren Verwendungshandlungen hinzutretende Umstände, Bedingungen der Strafbarkeit, so kann diesen Umständen für die Vollendung des Delikts keine Bedeutung beigemessen werden. Das Delikt wird daher mit der Begehung derjenigen Handlungen als vollendet anzusehen sein, die eine Zuwiderhandlung gegen die Vorschriften des § 1 darstellen[2]). Da das Gesetz die versuchte Begehung des Delikts nicht unter Strafe stellt, und es sich in § 5 um ein Vergehen im Sinne des § 1 Str. G. B. handelt, kann dahingestellt bleiben, ob ein Versuch tatsächlich denkbar ist.

Für den Tatort des Vergehens wird maßgebend sein, wo die Zuwiderhandlung gegen § 1 vorgenommen, wo die zum Tatbestande erforderliche individuelle Tätigkeit des Baugeldempfängers entwickelt worden ist (vgl. Olshausen § 3 Anm. 3; RG. Str. 1, 279; 9, 10 ff.; 39, 260). Da die Verletzung des § 1 auch durch Unterlassungen begangen werden kann, ist in solchem Fall das Delikt dort begangen, wo die unterlassene Handlung vorzunehmen war (vgl. Olshausen a. a. O. Ziff. 4). Wird daher Baugeld an einen Baufremden gezahlt, oder das Baugeld gesetzwidrig nicht eingezogen, so ist dort der Tatort, wo die Zahlung vorgenommen worden ist oder die Einziehung bewirkt werden mußte. (a. M. Hagelberg 129). Wenn die Zuwiderhandlung durch Abtretung des Baugeldanspruchs erfolgt ist, so ist der Begehungsort dort, wo der Abtretungsvertrag geschlossen worden ist. (Auch Hagelberg 129). Der Ort des Eintritts der Bedingungen der Strafbarkeit ist gleichgültig. Daher wird weder der Ort des Eintritts des Erfolges der Zuwiderhandlung, die Benachteiligung der Baugläubiger, noch der Ort der Z. E. (K. E.) des Baugeldempfängers einen Begehungsort begründen. Für den Ort der Begehung der strafbaren Baugeldentfremdung ist auch der Ort zu beachten, an dem die strafbare, gegen § 1 verstoßende Handlung vorgenommen worden ist[3]). Hat der Empfänger im Ausland Baugelder zum Nachteile der

[1]) Die Strafe für das Vergehen ist Gefängnis von 1—5 Jahren, im Falle mildernder Umstände ein Tag bis 5 Jahre Gefängnis oder Geldstrafe von 3—3000 Mk. (§§ 1, 16, 27 Str. G. B.).

[2]) vgl. Hillig 48. Die herrschende Lehre (vgl. Petersen-Kleinfeller § 239 Anm. 4 und v. Wilmowski Anm. 4) verlangt für die Vollendung des strafbaren Bankerotts Eintritt der Z. E. (K. E.).Ebenso für § 5 Bauf. S. G., Hagelberg 128, dag. für die K. O. vgl. Olshausen-Zweigert § 239 Anm. 35; v. Liszt § 44 III, 4, § 137.

[3]) vgl. Hillig 48; a. M. Hagelberg 129. Auch von seinem Standpunkte mußte der Ort, wo die Benachteiligung eingetreten ist, Begehungsort sein, und nicht allein der Wohnort (gewerbliche Niederlassung) der benachteiligten Baugläubiger.

Baugläubiger unterschlagen, so ist auch das Delikt als im Ausland begangen anzusehen und demgemäß strafrechtlich zu verfahren (vgl. §§ 3, 4, 5, Str. G. B.). Dieselben Grundsätze werden für die Zeit der Begehung des Vergehens zu gelten haben. Hat der Baugeldempfänger in einer Zeit, in der er strafrechtlich unzurechnungsfähig war, die Zuwiderhandlung gegen § 1 verwirklicht, so kommt nicht in Betracht, ob Z. E. (K. E.) oder Benachteiligung der Gläubiger in einer Zeit eintreten, in der er strafrechtlich für zurechnungsfähig zu halten ist, wohl aber umgekehrt. Die Unzurechnungsfähigkeit des Täters zur Zeit der Z. E. (K. E.) oder Gläubigerbenachteiligung hat nicht seine Straffreiheit zur Folge.

Die Verjährung der Strafverfolgung tritt mit dem Tage ein, an dem die Zuwiderhandlung gegen § 1 begangen ist (a. M. Hagelberg 132). Es ist also zum Beginn der Verjährung erforderlich, daß der Baugeldempfänger gegen die Vorschrift des § 1 verstoßen hat, ohne daß es auf den Erfolg seiner Tätigkeit ankommt. (§ 67 Abs. 4 Str. G. B.) Folgen die Z. E. (K. E.) oder Gläubigerbenachteiligung zeitlich den strafbaren Handlungen nach, so entsteht ein der Verjährung zugänglicher Strafverfolgungsanspruch erst mit Eintritt der Strafbarkeitsbedingungen. Es kann daher auch die Verjährung mit diesem Zeitpunkt erst ihren Anfang nehmen [1]). Da es sich um ein Vergehen handelt, das im Höchstbetrage mit einer längeren als dreimonatlichen Gefängnisstrafe bedroht ist, verjährt das Delikt des § 5 in 5 Jahren. (§ 67 Abs. 2 Str. G. B., über die Unterbrechung und das Ruhen der Verjährung vgl. §§ 68, 69). Die Vollstreckung einer rechtskräftig erkannten Strafe aus § 5 regelt § 70 Abs. 1 Ziff. 4—6, Abs. 2 Str. G. B. (vgl. auch § 72).

Die Verletzung der gesetzlichen Verwendungspflicht, die in der Verwendung der für die Herstellung eines Baues dem Baugeldempfänger gewährten, ihm gehörigen Geldbeträge besteht, bildet die mit Strafe bedrohte Deliktshandlung. Aus diesem Grunddelikte der strafbaren Baugeldentfremdung wird zu entnehmen sein, inwieweit ein Zusammentreffen dieser Straftat mit anderen in Real- oder Idealkonkurrenz erfolgen wird. Da der Empfänger über eigenes Geld oder die ihm zustehenden Forderungen verfügt, ohne daß er an Weisungen eines Auftragsgebers gebunden ist, ergibt sich aus diesem Wesen des Vergehens, daß weder durch § 5 eine Unterart der Unterschlagung, noch der Untreue geschaffen worden ist (vgl. Alsberg, Seuff. Bl. f. R. A. 74, 713). Mehrere Zuwiderhandlungen gegen § 1 stellen nur eine Straftat dar, wenn es sich um die Übertretung der für die Herstellung eines Baues durch Empfang von Baugeld bestehenden einheitlichen Baugeldverwendungspflicht handelt (vgl. Hagelberg 131, Schneider 56). Hat ein Bauunternehmer bei der Herstellung mehrerer Bauten Baugeld aufgenommen und zum Nachteile der an den verschiedenen Bauten beteiligten Personen den Vorschriften des § 1 vorsätzlich zuwidergehandelt, so hat er mehrere selbständige Straftaten begangen, wenn er seine Zahlungen einstellt oder in

[1]) Übereinstimmend mit der herrschenden Lehre für die K. O. vgl. R. G. Str. 3, 351; 7, 392; 16, 190; Olshausen § 239 Anm. 35 Abs. 3; Hagelberg 132; Hillig 49.

Konkurs fällt. Da die Z. E. oder K E. die Bedingungen der Strafbarkeit darstellen, ist nicht zu ersehen, weshalb die einzelnen Straftaten durch die gemeinsame Strafbarkeitsbedingung zu einer gesetzlichen Einheit zusammengefaßt werden sollen (vgl. Olshausen § 73, 5, b, 21; v. Liszt 459; Hillig 49), da doch für jeden Bau eine gesonderte Baugeldsumme und eine ihrem Umfang nach verschiedene selbständige Verpflichtung, deren Verletzung das „Grunddelikt" des § 5 bildet, bestehen. Wenn daher der Baugeldempfänger seine Zahlungen einstellt oder in Konkurs fällt, so werden die Zuwiderhandlungen gegen § 1, soweit mehrere Bauten in Frage kommen, mehrere selbständige Delikte darstellen und daher, ebenso wie ein Verstoß gegen § 5 und § 6 Bauf. S. G., auch wenn es sich im letzteren Falle um die Herstellung eines Baues handelt, in Realkonkurrenz zu einander stehen. Bei einem Zusammentreffen einer Übertretung des § 5 mit den Konkursdelikten des § 239 ff., ebenso wie mit einer Verletzung der §§ 10, 11 Depot-G., werden, wenn nicht dieselbe Handlung in Frage steht, die die strafbare Bankrotthandlung darstellt, mehrere selbständige Straftaten vorliegen und in realer Konkurrenz zueinander stehen, auch wenn die Bedingung der Strafbarkeit aus den mehreren Strafbestimmungen durch ein- und dieselbe Z. E. (K. E.) herbeigeführt wird [1]).

bb) Die einzelnen Bedingungen der Strafbarkeit.

Konkurseröffnung:

Wann das Konkursverfahren über das Vermögen des Baugeldempfängers eröffnet ist, wird lediglich nach der formellen Lage des Verfahrens zu entscheiden sein. Eine Nachprüfung, ob die Voraussetzungen der K. E. gegeben waren, ist dem Strafrichter untersagt (RG. Str. 26, 37); der Richter hat nur nachzuprüfen, ob entsprechend den Vorschriften der KO. eine Eröffnung des Konkursverfahrens stattgefunden hat. Die Feststellung der Konkurseröffnung erfolgt daher lediglich nach dem Vorliegen eines von einem deutschen Amtsgericht erlassenen, rechtskräftigen Eröffnungsbeschlusses (§ 109 KO.), ohne die materielle Voraussetzung der K. E., die Zahlungsunfähigkeit des Gemeinschuldners, zu prüfen. Der Beschluß des Gerichts hat die Stunde der Eröffnung anzugeben (§ 108). Dieser hierdurch bestimmte Zeitpunkt der K. E. ist wichtig, da zur Zeit der Konkurseröffnung eine Benachteiliguug der Baugläubiger gegeben sein muß. Ist der Beschluß in der Beschwerdeinstanz aufgehoben worden, so gilt eine Konkurseröffnung als nicht erfolgt, wohl aber dann, wenn später eine Einstellung des Verfahrens nach den §§ 102 ff. KO. stattgefunden hat [2]).

[1]) Die herrschende Meinung für die KO. nimmt in diesen Fällen Idealkonkurrenz an (vgl. Olshausen § 239 Anm. 38c, § 240 Anm. 26; RG. Str. 6, 96; 29, 345 ff.; 34, 239 ff.; 36, 194; Rechtspr. 4, 257 ff.; 5, 52; ebenso Hagelberg 131; Hillig 49) und stützt sich darauf, daß den mehreren Handlungen das Tatbestandmerkmal der Z. E. (K. E.) gemeinsam ist. a. M. Mügel 39, Schneider 56.

[2]) vgl. Hagelberg 121; Hillig 46; Jäger § 239 Anm. 18; Olshausen § 239 Nr. 4; Stenglein Komm. z. d. Nebengesetzen § 239 Ziff. 3, S. 765; Petersen-Kleinfeller § 239 Ziff. 18, S. 688.

Zahlungseinstellung:

Im Gegensatz hierzu bezeichnet die Zahlungseinstellung des Baugeldempfängers ein tatsächliches Verhalten seinen Gläubigern gegenüber, das der Strafrichter selbständig nach freier Überzeugung und ohne Rücksicht auf eine voraufgegangene zivilgerichtliche Entscheidung (§ 30 KO.) festzustellen hat[1]). Hat der Amtsrichter die Eröffnung des Konkurses abgelehnt, weil die behauptete Zahlungseinstellung nicht vorliegt, so kann diese Feststellung dennoch von dem Strafrichter getroffen werden. Wird jedoch seine Überzeugung durch eine ergangene zivilrechtliche Entscheidung begründet, so kann er diese seinem Urteil zugrunde legen. Er kann auch das Verfahren aussetzen, um die Entscheidung des Zivilgerichts abzuwarten (vgl. Löwe § 261 Str. Pr. O.; Jäger § 239 A 15).

Die mannigfachsten Vorgänge können den Schluß rechtfertigen, daß der Baugeldempfänger seine Zahlungen eingestellt hat. Die Folgerung wird dahin zu gehen haben, daß er wegen eines nicht bloß vorübergehenden Mangels an Zahlungsmitteln seinen fälligen Geldverbindlichkeiten in der Allgemeinheit nicht nachzukommen vermag.[2]). Die Einstellung der Zahlungen muß aber eine voraussichtlich endgültige sein, nicht nur eine zeitweise, vorübergehende Zahlungsstockung[3]). Es kommt jedoch nicht darauf an, ob der Schuldner sich selbst mit Recht oder irrigerweise für insolvent hält, oder ob er die Z. E. nur fingiert hat, um einen Gewinn zu machen[4]), so daß sich die Z. E. nur äußerlich als solche darstellt. Nach außen wird, vornehmlich bei Bauunternehmen, dieser Zustand der Z. E. in die Erscheinung treten, ohne daß er jedoch allgemein erkennbar zu werden braucht (vgl. JW. 1901, 735 No. 10; DJZ. 1897, 496) durch die ausdrückliche Erklärung des Schuldners, durch Rundschreiben oder Akkordanerbieten unter teilweiser Insolvenzerklärung (RG. Rechtspr. 1, 18) oder stillschweigend durch sein Verhalten, indem er sein Geschäft schließt oder die Flucht ergreift, unbekannt verzieht, oder seine Arbeiter entläßt und Baumaterialien vor Bauvollendung veräußert oder verpfändet, oder die Leistung von Zahlungen fortgesetzt verweigert[5]). Weitere für den Stand seines Vermögens bezeichnende Vorgänge werden vor allem sein: die Protestierung fälliger Wechsel (Puchelts Z. 38, 125; Recht 1909, Nr. 3835; RG. Str. 3, 197), erfolglose Zwangsvollstreckungen, wenn auch eine einzelne nicht ausreichend sein dürfte (Schles. Hol. Nach. 1893, 316; Wach. a. a. O.), Ladung zum Offenbarungseid

---

[1]) vgl. RG. 24, 261; Olshausen § 239 Nr. 3 g; Jäger § 239 Nr. 15; Stenglein § 239, Ziff. 2, 765.

[2]) vgl. RG. Str. 3, 294; 41, 312 JW. 50, 39; JW. 1906, 92, No. 15; 1908, 459, Nr. 30; Jäger § 30 Anm. 1; Hagelberg 120; Hillig 45; Schneider 54.

[3]) vgl. RG. Str. 6.95; JW. 50, 42; Bolze Pr. 12 Nr. 770a; JW. 1889, 171; 1891, 93, No. 15 und 180 Nr. 6; 1894, 581; 1895, 226 No. 15 und 298 No. 21; Seuff. Arch. 37, 123; Jäger § 30 Anm. 9; Stier-Somlo 40.

[4]) vgl. Hagelberg 121; Olshausen § 239 Nr. 3 KO. Petersen-Kleinfeller 688; Jäger § 239 Anm. 13; Stenglein § 239 A. Ziff. 2 S. 765; Hillig 45; BG. Str. 41, 312.

[5]) vgl. Wach. Vergl. Darst. 65, 66; RG. Str. 6, 95; 14, 222; Rechtspr. 8, 463; JW. 1891, 93, No. 15; 1892, 238, No. 12; Seuff. Bl. Erg. Bd. 10, 395; Bolze Pr. 1 Nr. 2172; 2 Nr. 1984; 3 Nr. 1510; 13, 750. Puchelts Z. 16, 365.

(vgl. Hans GZ. Beil. 19, 229, vgl. DJZ. 2, 496), Aufhebung eines Konkursverfahrens wegen Mangels an Masse (Gruch. Beitr. 49, 1082; DJZ. 1907, Beil. 206). Für die Feststellung der Z. E. wird neben derartigen Umständen im einzelnen Falle (RG. Str. 3, 294) die Verkehrsanschauung über die gewöhnliche Kreditierung und Abwickelung schwebender Verpflichtungen zu beachten sein (vgl. Bolze Pr. 3, Nr. 1510), um die allgemeine Einstellung der Zahlungen, worauf es immer ankommt, als vorliegend zu erachten (vgl. RG. Str. 14, 222; Rechtspr. 8, 462). Aus dem Einstellen von Baugeldzahlungen oder der Erschöpfung des Baugeldes ist ohne weiteres auf Zahlungseinstellung nicht zu schließen. Auch aus einem bloß passiven Verhalten des Baugeldempfängers, wenn Zahlungen von den Baugläubigern nicht gefordert werden, weder Mahnung (JW. 1898, 508; 1905, 29, Bolze Pr. 12, 770 a), noch Klageerhebung erfolgt (JW. 1894, 182, No. 12), um die Zwangsversteigerung des Neubaues nicht herbeizuführen, kann auf eine Einstellung der Zahlungen, wenn auch tatsächlich Zahlungsunfähigkeit vorliegt, nicht gefolgert werden. Die Z. E. ist weder durch Zahlungsunzulänglichkeit, noch durch Zahlungsunfähigkeit, noch durch Konkurseröffnung bedingt (vgl. Stenglein a. a. O. 765, RG. Str. 41, 309 (312)). Andererseits kann aber genügen, daß Baugläubiger, wenn der Baugeldempfänger als persönlicher Schuldner haftet, nicht auf ihr Verlangen für ihre fälligen Verbindlichkeiten befriedigt werden[1]). Fälligkeit der Forderungen wird jedoch vorausgesetzt werden müssen, die bei der häufig vorkommenden Stundungsverabredung bis zur Vollendung des Baues oder der nächsten Baugeldrate, der Aufnahme einer Hypothek nicht anzunehmen ist[2]). Hat der Bauunternehmer auch Zahlungen zur notdürftigen Weiterführung des Baues geleistet[3]), oder einzelne besonders dringende Schulden gezahlt[4]), so steht dies doch der Annahme einer Einstellung der Zahlungen im allgemeinen infolge mangelnder Fähigkeit, nicht mangelnden Willens[5]) nicht entgegen. Wenn auch die aus anderen Momenten zu schließende Zahlungseinstellung durch derartige Zahlungen nicht ausgeschlossen wird, so wird dies doch der Fall sein, wenn der Bauunternehmer aus dem Baugeld für einen neuen Bau seinen Verpflichtungen in großem Umfang nachkommt, sofern er auch die Zahlungen aus rechtswidrig verwendeten Mitteln (vgl. JW. 1901, 653, 11), der aus dem infolge besonderer Kreditoperationen (Goltd. Arch. 39, 231) erlangten Gelde oder überhaupt aus unrechtmäßig in seinen Besitz gelangten Mitteln bewirkt.

---

[1]) vgl. Bolze Pr. 17, Or. 850; Gruchot Beitr. 39, 1090; JW. 1898, 508, Nr. 30; Hagelberg 121; Hillig 46.

[2]) Puchelts Z. 24, 615; Bad. Ann. 60, 293; Recht 1908, Nr. 390—392.

[3]) vgl. Bolze Pr. 13 Nr. 750; JW. 1896, 157, No. 14; Bay. Oberst. L. G. 13, 528.

[4]) vgl. RG. 6, 95; Bolze Pr. 3 Nr. 1510; 7, Nr. 1252; JW. 1891, 180, Nr. 6; 1892, 238, No. 12; Bayr. Oberst. L. G. 9, 317; 10, 13; Seuff. Arch. 37, 481; Puchelts Z. 1907, 125; RG. Leip. Z. 1907, 917.

[5]) vgl. RG. Ziv. 50, 41; JW. 1904, 454, No. 11; Bolze Pr. 16, 803; RG. Gruchots Beitr. 49, 116; OLG. 10, 218.

Gläubigerbenachteiligung:

Zahlungseinstellung oder Konkurseröffnung sind die Formen, in denen die aus dem meist zugrunde liegenden Zahlungsunvermögen des Baugeldempfängers sich ergebende Benachteiligung seiner Gläubiger allgemein zutage treten wird. Sie bilden die Vermutung für das Vorliegen einer Verletzung oder Gefährdung auch der Forderungsrechte der Baugläubiger. Da jedoch ihre Befriedigung trotz Nichteinhaltung der Baugeldverwendungspflicht erfolgt sein kann, diese Verpflichtung aber andererseits nur zu Gunsten der Baugläubiger besteht, so kommt es für die Strafbarkeit der Baugeldentfremdung nicht darauf an, ob andere Gläubiger Schaden erlitten haben, wenn nur die an der Herstellung des Baues beteiligten Personen, sei es auch auf Kosten jener, befriedigt worden sind. Daher verlangt § 5 als weiteres Erfordernis neben der Z. E. oder K. E. eine Benachteiligung der in § 1 bezeichneten Gläubiger des Baugeldempfängers und will damit hervorheben, daß nur die Nichterfüllung der Verpflichtung, wenn sie zum Nachteil der Baugläubiger gereicht, beachtet werden soll. Daraus ergibt sich, daß der Begriff Benachteiligung eine Schlechterstellung der Gläubiger gegenüber der Vermögenslage bei Erfüllung der Verpflichtung aus § 1 ausdrückt[1]). Es ist nicht die Verhütung einer Benachteiligung der Baugläubiger überhaupt als der der Strafbestimmung zugrundeliegende Zweck aufzufassen. Was erreicht werden soll, ist allein die Einhaltung der gesetzlichen Verpflichtung. Erscheint es demnach als sicher, daß ein Teil der Baugläubiger wegen mangelnden Baugeldes aus diesem auf alle Fälle nicht befriedigt werden konnte, so tritt Bestrafung nicht ein, wenn Baugläubiger in Höhe der gewährten Baugeldbeträge zur Zeit der Z. E. odet K. E. befriedigt worden sind. Es genügt also, daß Geldbeträge in Höhe des Baugeldes verwendet worden sind, denn damit entfällt infolge des Wesens der Baugeldverwendungspflicht und der Bestimmung des § 1 Abs. 1 S. 2 die gesetzliche Verpflichtung zur weiteren Befriedigung der Gläubiger. Es macht auch nichts, ob die den Baugläubigern geleisteten Zahlungen im Konkurse wirksam angefochten werden, da auch durch einen späteren Rückgriff gegen diese Gläubiger und eine tatsächliche Einbuße eine Benachteiligung der Gläubiger zur Zeit der Konkurseröffnung nicht vorliegt. Andererseits wird aber die Strafbarkeit nicht ausgeschlossen, wenn nachträglich nach der Z. E. oder K. E. der Schaden der Baugläubiger gedeckt wird (Hillig 47). Hatte der Empfänger jedoch, ehe er in Konkurs ging, die bereits benachteiligten Baugläubiger schadlos gestellt, so entgeht er dadurch der Bestrafung (vgl. Stenglein 1021). Als Gläubiger, sowohl für eine Befriedigung aus dem Baugeld, wie für eine Benachteiligung kommen nur die Personen in Betracht, die Forderungen auf Grund eines Werk-, Dienst- oder Lieferungsvertrages zur Herstellung des Baues gegen den Baugeldempfänger als ihren persönlichen Schuldner haben. Ein anderer Verpflichtungs-

[1]) vgl. Mügel 19; a. M. Hagelberg 123 Ziff. 12, jedoch 125 Ziff. 19: „Ein Vergehen liegt nicht vor, wenn die Zuwiderhandlung gegen die Vorschrift des § 1 keinem der Gläubiger zum Nachteil gereichte.“ Bei Benachteiligung trotz Einhaltung der Verpflichtung demnach kein Vergehen! .

grund des Baugeldempfängers, z. B. aus einer Bürgschaft, Schuldübernahme usw., und ein wegen der Nichterfüllung dieser Verpflichtung erwachsener Schaden genügt hier nicht.

Für die Bedeutung des Erfordernisses der Benachteiligung in dem Tatbestand der strafbaren Baugeldentfremdung wird das gleiche zu gelten haben, wie für die Zahlungseinstellung (oder K. E.)[1]), da beide Erfordernisse einander gleichgestellt sind und das erste nur die ausdrückliche Hervorhebung einer in dem zweiten liegenden Vermutung ist.

Eine Benachteiligung der Baugläubiger muß zur Zeit der Z. E. oder K. E. bereits tatsächlich eingetreten sein oder als sicher eintretend festgestellt werden können. Ist eine Schadenszufügung zweifellos erfolgt, kann aber der Schaden erst später nachgewiesen und festgestellt werden, so ist dies ohne Belang, wenn nur der Eintritt des Schadens bereits zur Zeit der Zahlungseinstellung erfolgt war. Eine Verdunkelung der Vermögenslage oder eine Verschleierung des Vorhandenseins von Baugeldern und damit eine Gefährdung der Bauforderungen kann für die Feststellung einer Benachteiligung genügen, wenn als sicher anzunehmen ist, daß sich darunter Zahlungsunfähigkeit verbirgt. Es bedarf für die Feststellung eines Nachteils nicht, daß die Gläubiger alle Mittel versucht haben, um zu ihrem Gelde zu gelangen. Es ist nicht eine vorgängige Androhung von Zwangsmitteln, wie die Ladung zum Offenbarungseide oder eine fruchtlose Zwangsvollstreckung oder die Durchführung von Anfechtungsprozessen wegen abgetretener Baugeldforderungen notwendig[2]). In einer erschwerten, mit Kosten- und Zeitaufwand verknüpften möglichen Befriedigung, ist bereits eine Schlechterstellung und damit eine Vermögensbenachteiligung zu erblicken. Es ist nicht angängig, erst dann eine Benachteiligung der Baugläubiger als sicher anzunehmen, wenn sie einen Prozeß erfolgreich durchgeführt haben, eine Befriedigung aber mangels Befriedigungsobjekte bereits während des Prozesses äußerst zweifelhaft war. Auch braucht der Schaden nicht erst durch die Zahlungseinstellung oder Konkurseröffnung verursacht worden sein, insbesondere nicht gerade auf die zweckwidrige Verwendung der Baugelder zurückgeführt zu werden oder den Stand der Masse im Konkurse oder sonstige Verpfändungen ihre Befriedigung nicht erwarten lassen (vgl. Hagelberg 125, 126; Hillig 47, 48; Schneider 55). Hiernach wird der Begriff der Benachteiligung im § 5 dahin zu verstehen sein, daß eine Benachteiligung vorliegt, wenn die Baugläubiger[3]) nicht alles erhalten, worauf sie auf Grund ihrer vertraglichen Ansprüche oder infolge der Verletzung dieser auf Grund des Bürgerlichen Gesetzbuches ein Recht haben. Daher wird ein Verzugsschaden (§ 286 BGB.)[4]), ein Zinsausfall (§ 291 BGB.)

[1]) vgl. K. B. 32; Hillig 47; a. M. Hagelberg 119, Schneider 55.

[2]) vgl. Harnier 15 Anm. 3; Stenglein Anm. 5, 1021; Hagelberg 124.

[3]) Aus dem im § 5 gebrauchten Plural ist nicht zu entnehmen, daß es sich immer um eine Mehrheit von Gläubigern handeln muß, vgl. Stenglein § 5 Ziff. 5, 1021; Schneider 55.

[4]) vgl. K. B. 32; Schneider 35; Hillig 47; Nach Stier-Somlo ist als „Nachteil" nicht jede Schädigung, sondern nur der „unmittelbare" Schaden zu verstehen und ein solcher sei nicht der Vorzugsschaden.

eine Benachteiligung darstellen. In welchem Umfange sie einen Schaden erlitten haben, ist gleichgültig. Im allgemeinen wird somit ein Schaden vorliegen, wenn die Baugläubiger nicht vollständig, nicht rechtzeitig[1]), nicht in gehöriger Weise Befriedigung erhalten haben.

Demnach ist das Vorliegen einer Benachteiligung nicht anzunehmen, wenn neben dem zahlungsunfähigen Baugeldempfänger dritte Personen als Mitbesteller, Bürgen, Schuldübernehmer oder Wechselschuldner, die im Besitz ausreichender Zahlungsmittel sind, für die Bauschulden einzustehen haben. Allerdings wird zu beachten sein, ob die Baugläubiger gegen diese dritten Personen liquide Forderungen haben, die sie bei Fälligkeit ihrer Forderungen gegen den persönlichen Schuldner geltend machen können. Aber auch bei Bestellung dinglicher Sicherung durch Hypothek an dem Baugrundstück oder an sonstigen Grundstücken des Baugeldempfängers, wird dann keine Benachteiligung anzunehmen sein, wenn diese Sicherung für ihre Forderungen volle Sicherheit bietet, und es sich um eine durch Vertrag begründete Sicherung ihrer Forderungen handelt[2]). Eine Befriedigung in einer Weise, die sie auf Grund ihres Vertrages verlangen können, läge aber auch bei Geltung des 2. Abschnittes des Gesetzes in der Eintragung der Bauhypothek zu ihren Gunsten mit dem gesetzlich bestimmten Range. Es ist auch nicht ersichtlich, weshalb nicht die Bestrafung des Baugeldempfängers wegfallen soll, wenn die Baugläubiger durch das Grundstück genügend gesichert sind und sich durch dessen Zwangsversteigerung in vollem Umfange befriedigen können. Unrichtig ist die Meinung von Alsberg, daß bei dieser Annahme bei Geltung des 2. Abschnittes für die Verwendung der Strafvorschrift des § 5 kein Platz wäre. Die dingliche Sicherung durch die gesetzliche Bauhypothek braucht nicht und wird auch oft nicht zur vollen Befriedigung der Baugläubiger führen.

cc.) Die Person des strafrechtlich Verantwortlichen.

Täter kann nur der Baugeldempfänger oder eine Mehrheit von Baugeldempfängern sein (vgl. Alsberg 716), da die Stellung des Täters als Baugeldempfängers Tatbestandsmerkmal des Delikts ist und es sich um ein tatsächliches und rechtliches Verhältnis handelt, dessen Vorliegen ein an sich erlaubtes Tun erst zu einem strafbaren macht, das die Strafbarkeit also erst begründet. Dritte Personen, denen nicht die Stellung des Baugeldempfängers zukommt, werden als Anstifter oder Gehilfen verantwortlich gemacht werden können[3]).

[1]) vgl. Hagelberg 124: die Fälligkeit steht der Feststellung einer Berechtigung nicht entgegen, wenn die Behebung der Zahlungsunfähigkeit bis zur Fälligkeit nicht zu erwarten steht. Alsberg 715; Hillig 47.

[2]) vgl. Stier-Somlo 40; Hagelberg 124; a. M. Hillig 47; Schneider 55; Alsberg 716, nach dem die Sicherung die Baugläubiger lediglich auf die zukünftige Abwickelung vertröstet. Wenn auch zweifellos für die Handwerker der Besitz präsenter Zahlungsmittel von höherem Wert ist, so stellt doch die dingliche Sicherung zwar nicht wirtschaftlich die gleiche, wohl aber eine rechtlich gleichwertige Befriedigung dar, sofern sie nach dem Stande der Belastung volle Sicherheit für die Forderungen bietet, das Gesetz auch in erster Linie nur eine Sicherung der Bauforderungen bewirken will.

[3]) vgl. über die Möglichkeit der Teilnahme Hagelberg 129, 131; Alsberg 717, der nur Beihilfe zuläßt; ferner Stenglein § 5 Anm. 5; Hillig 48; Schneider 57.

Liegt die Baugeldempfängereigenschaft in einer Person vor, so wird diese bei der unselbständigen Natur der Teilnehmer auch den Teilnehmern zugerechnet (Olshausen §§ 48 Nr. 20, 49; Nr. 20, 50; Nr. 2a; RG. 27, 158; 28, 100). Da die strafbare Baugeldentfremdung nicht begriffsmäßig die Mitwirkung einer zweiten Person voraussetzt, liegt ein Fall notwendiger Teilnahme nicht vor (vgl. Hagelberg 130, 131). Bei mehreren Baugeldempfängern wird zu beachten sein, ob sie selbständig nebeneinander über getrennte Baugeldsummen verfügen, oder ob die Verwendung einer Baugeldsumme durch sie gemeinschaftlich vorgenommen werden soll. Im ersteren Fall kann der einzelne Baugeldempfänger als Täter nur allein für seine Handlungen zur Verantwortung gezogen werden. Mittäterschaft kann nicht vorliegen, jedoch kann Anstiftung oder Beihilfe in Frage kommen. Steht mehreren, z. B. Gesellschaftern, die Verfügung über das Baugeld gemeinsam zu, so kann der eine wegen zweckwidriger Verwendung, die in der Vornahme einer Handlung bestand, bestraft werden und dem anderen die Verletzung der Verpflichtung durch Unterlassung zur Last fallen. Ihre Bestrafung als Mittäter tritt dann ein, wenn sie in bewußtem und gewolltem Zusammenwirken vorsätzlich zum Nachteile der in § 1 Abs. 1 genannten Gläubiger der Verwendungspflicht zuwidergehandelt haben (Olshausen § 47 Nr. 20; RG Str. 31, 407; Rechtspr. 6, 48; 4, 296. — RG. Str. 39, 193). Jedoch müssen die sämtlichen objektiven Tatbestandsmerkmale in der Person eines jeden Täters ebenso vorliegen, wie für jeden einzelnen die Bedingungen der Strafbarkeit gegeben sein müssen. Außer den sonstigen Verwendungshandlungen und der Eigenschaft als Baugeldempfänger muß ein jeder in Konkurs gefallen sein oder seine Zahlungen eingestellt haben und seine in § 1 bezeichneten Gläubiger müssen benachteiligt sein. Demnach ist Mittäterschaft bedingt einerseits durch den Umstand, daß bezüglich beider Zahlungseinstellung oder Konkurseröffnung vorliegen und andererseits durch eine wenigstens teilweise Gemeinsamkeit der Baugläubigerschaft, deren Benachteiligung durch vorsätzliche Zuwiderhandlung gegen die Pflicht der Baugeldverwendung herbeigeführt ist und zur Zeit der Zahlungseinstellung besteht oder zu erwarten steht (vgl. RG. Str. 31, 407, Schneider 57). Wer als Baugeldempfänger im Sinne des Gesetzes anzusehen ist, ist oben erörtert (vgl. § 10). Für die strafrechtliche Verantwortlichkeit, die den Baugeldempfänger nach § 5 trifft, werden in Hinsicht auf die Person die gleichen Merkmale aufzustellen sein, wie für den Verwendungspflichtigen nach § 1. Es wird daher derjenige auch im Sinne der kriminellen Bestimmung Baugeldempfänger sein, dem die tatsächliche und die auf Vertrag oder Gesetz beruhende rechtliche Verfügungsmacht über die auf Grund eines Baugeldvertrages gewährten Geldbeträge zusteht. Es kommt nicht darauf an, ob der Baugeldempfänger den Bau für eigene oder fremde Rechnung aufführt. Auch eine Beschränkung auf Gewerbetreibende besteht nicht. Die Verantwortung ist nicht gebunden an eine theoretische, kaufmännische oder technische Vorbildung und deren Außerachtlassung. Nur als Milderungsgründe können derartige Umstände in Betracht kommen. Wegen des Erfordernisses der tatsächlichen und recht-

lichen Verfügungsmacht kann im einzelnen Falle eine vorgeschobene Person anstatt des Schuldigen der Strafe verfallen. Nur der Vertragsgegner oder derjenige, dem vertraglich das Geld als Baugeld weiter übertragen wird, oder derjenige, der der gesetzliche oder verfassungsmäßige Vertreter eines Minderjährigen, einer in Gütergemeinschaft lebenden Ehefrau, eines Vereins, einer Gesellschaft ist, wird Baugeldempfänger sein und über die auf Grund der ihm zustehenden Berechtigung über die ihm gewährten Baugelder selbst oder durch Zuhilfenahme Dritter Verfügungen treffen können. Dritte Personen, die sich anderer Personen bedienen, um Baugeld in die Hand zu bekommen, sind oft die eigentlich Schuldigen. Ihre Bestrafung als Täter wird aber nicht aus dem obigen Grunde durchzuführen sein, da sie nicht als Baugeldempfänger im Sinne des § 1 in Frage kommen, doch werden hier die Grundsätze über die Teilnahme helfen. Ist daher der Baugeldvertrag rechtsgültig unter Vorschiebung einer Person zustande gekommen, so wird eine Bestrafung des Baugeldempfängers, der sich um das Baugeld nicht kümmert und dessen Verwendung Dritten überläßt, als Täter wegen vorsätzlicher Verletzung der gesetzlichen Vorschrift möglich und auch der Nachweis der Anstiftung oder Beihilfe Dritter herbeizuführen sein. Wird z. B. der Baugeldvertrag von der Ehefrau des Bauunternehmers abgeschlossen, weil nur diese kreditwürdig ist, so wird sie, wenn sie mit ihrem Mann in Gütertrennung lebt, allein als Baugeldempfängerin in Betracht kommen. Anders, wenn dem Unternehmer nach gesetzlichem oder vertraglichem Güterrecht oder als gesetzlicher Vertreter eines Minderjährigen die rechtliche und tatsächliche Verfügung über die Baugelder obliegt; dann ist lediglich der Bauunternehmer Empfänger, doch die Ehefrau, der Minderjährige oder der Dritte kann Teilnehmer an der strafbaren Handlung sein. Hat ein Gewerbetreibender unter dem Namen seiner Firma den Baugeldvertrag abgeschlossen, so wird nicht der Name oder die Eintragung im Handelsregister für die Bestimmung der Person des Baugeldempfängers maßgebend sein, sondern der Umstand, wer tatsächlich das Geschäft als sein eigenes nur zu seinem Vorteil betreibt. (RG. Str. 24, 261) Doch wird der nur tatsächliche Leiter des Geschäfts, wenn er nicht einen auf Grund des Baugeldvertrages oder eines selbständigen Vertrages erlangten Anspruch auf Empfang der Baugelder hat, nicht als der verantwortliche Täter anzusehen sein (Stenglein 696 Anm. 3 d. z. § 239; RG. Str. 29, 103; Hagelberg 119). Bei juristischen Personen sind die Mitglieder des Vorstandes oder die sonstigen Vertreter, die im einzelnen Falle oder auf Grund der Verfassung allgemein bestellt sind, die Personen, denen kraft gesetzlicher oder statutarischer Bestimmung die Verfügung über das Baugeld zusteht. Sie werden daher in erster Linie als Täter in Frage kommen.

Es wird zwar nicht infolge der gegebenen Auslegung des Baugeldempfängerbegriffs, wohl aber infolge der gesetzlichen Voraussetzungen für die Bestrafung des Empfängers oft an einer kriminell verantwortlichen Person fehlen. Das Gesetz verlangt Zahlungseinstellung durch den Baugeldempfänger oder Konkurseröffnung über sein Vermögen und Benachteiligung seiner in § 1 Abs. 1 be-

zeichneten Gläubiger. Damit wird Identität der Person des Baugeldempfängers mit dem Vermögensträger, der seine Zahlungen eingestellt hat, oder über dessen Vermögen der Konkurs eröffnet ist, und dem Schuldner der Baugläubiger gefordert.

Wer als derjenige anzusehen ist, der seine Zahlungen eingestellt hat, wird nach den Gesichtspunkten zu entscheiden sein, nach denen die Person des Baugeldempfängers in den Zweifelsfällen beim Abschluß des Baugeldvertrages durch die Ehefrau, durch Minderjährige, durch den Geschäftsinhaber und durch juristische Personen bestimmt worden ist. Für die Identität der Person des Baugeldempfängers und Schuldners, über dessen Vermögen das Konkursverfahren eröffnet ist, ist der Eröffnungsbeschluß maßgebend (§ 102 KO.), der von dem nach § 71 zuständigen Amtsgericht auf Antrag des Schuldners oder eines seiner Gläubiger (§ 103) erlassen wird. Es greifen nicht für die Person des Schuldners materiell-rechtliche Erwägungen ein, sondern es entscheidet die formelle Bezeichnung des Schuldners in dem Beschlusse. Das Konkursverfahren kann nur über das Vermögen eines ganz bestimmten Rechtssubjekts eröffnet werden. Eine im Eröffnungsbeschlusse nicht genannte Person kann nicht in die Rolle des Angeschuldigten eingeführt werden, weil dieser zwar nicht formell, aber materiell von der Konkurseröffnung betroffen wird. (Jäger § 239 Anm. 17). Daher muß es als unzulässig gelten, mittelbar den tatsächlichen Empfänger des zum Schein unter anderem Namen betriebenen Baugeschäfts als denjenigen zu bezeichnen, der von der Konkurseröffnung betroffen ist (vgl. RG. Str. 29, 103). Trotzdem kann der tatsächliche Empfänger verantwortlich gemacht werden, wenn er nach den zuvor entwickelten Grundsätzen als derjenige anzusehen ist, der seine Zahlungen eingestellt hat. Bezeichnet der Eröffnungsbeschluß schlechthin den Inhaber einer kaufmännischen Firma als den von der Konkurseröffnung betroffenen, so steht der Nachweis offen, welche Person es gewesen ist, die tatsächlich unter jenem Handelsnamen das Baugewerbe ausgeübt hat, und die auch als Baugeldempfängerin in Betracht kommen wird (vgl. Olshausen § 239, 1528). Liegen sowohl Zahlungseinstellung, wie Konkurseröffnung in einer Person vor, so entscheidet dasjenige Merkmal, welches zuerst eingetreten ist (RG. Str. 29. 105; Jäger § 239, Anm. 12).

Das Gesetz verlangt neben der Identität zwischen dem Baugeldempfänger und dem Vermögensträger, der seine Zahlungen eingestellt hat, oder über dessen Vermögen der Konkurs eröffnet ist, daß die in § 1 Abs. 1 bezeichneten Gläubiger Gläubiger des Baugeldempfängers sind.[1]) Die an der Herstellung der Baues auf Grund eines Werk-, Dienst- oder Lieferungsvertrages beteiligten Personen müssen mit dem Baugeldempfänger in ein persönliches Verpflichtungsverhältnis eingetreten sein, sei es, daß sie auf seine Bestellung die erforderlichen Bauverträge abgeschlossen haben, oder daß er ihnen gegenüber zur Sicherung ihrer Bauforderungen durch Bürgschaft, Schuldübernahme usw. sich persönlich verpflichtet hat (vgl. oben 154 f. und Hagelberg 123).

[1]) in jedem Falle und nicht im Regelfalle, wie Hagelberg 39 annimmt.

In vielen Fällen und gerade dann, wenn es sich um Schwindelunternehmungen handelt, wird von dem Grundstückseigentümer, der sich Baugeld verschafft hat, ein Generalunternehmer angenommen, der die Bauhandwerker und Lieferanten zum Bau heranzieht und die erforderlichen Bauverträge abschließt. Der Generalunternehmer wird von ihm leicht durch Scheinzahlungen befriedigt werden. Hagelberg (123) erwähnt den Fall, daß von mehreren Miteigentümern der eine als Baugeldempfänger, der andere als Besteller auftritt. Bei den Vorstandsmitgliedern oder Geschäftsführern, die, wie oben gesehen (vgl. 95 f.), auf Grund des Statuts oder Gesetzes als Baugeldempfänger zu gelten haben, würde die Strafvorschrift nicht zutreffen, denn § 5 verlangt im Falle des Vermögensverfalls der juristischen Person, daß die Gläubiger des Baugeldempfängers benachteiligt sind. Die Vorstandsmitglieder einer Aktiengesellschaft (§ 231 HGB.), oder eingetragenen Genossenschaft (§ 24 d. G. v. 1. V. 1889 [20. V. 98]) sind jedoch nicht Schuldner, sondern die juristische Person hat als selbständiges Rechtssubjekt die Verträge abgeschlossen und ist als Gemeinschuldnerin anzusehen. Dasselbe gilt von dem Geschäftsführer einer G. m. b. H., sowie dem Liquidator einer Handelsgesellschaft oder eingetragenen Genossenschaft (vgl. Hillig 44, Hagelberg 123, unklar Schneider 57). Die Teilhaber einer offenen Handelsgesellschaft jedoch sind Inhaber des Gesellschaftsvermögens (vgl. Hillig 44). Die Kommandit- und Aktienkommanditgesellschaft haben zwar in ihren Komplementären für die Vermögensverwaltung verantwortliche Mitglieder, die jedoch nicht identisch sind mit der Gesellschaft als Rechtssubjekt (a. M. Hillig 44). Wenn es sich daher um privatrechtliche, mit juristischer Persönlichkeit ausgestaltete Körperschaften handelt, so wird die Strafvorschrift meist keine Anwendung finden, da eine selbständige persönliche Verpflichtung selten von den Vorstandsmitgliedern oder Geschäftsführern den Baugläubigern gegenüber eingegangen werden wird.

Die Anwendung der Strafvorschrift kann in solchen Fällen auch nicht durch eine extensive Auslegung des Gläubigerbegriffs in § 5 gerechtfertigt werden.

Nach dem Wortlaut des Gesetzes müssen die Baugläubiger Gläubiger des Baugeldempfängers sein. Der Begriff Gläubiger bestimmt sich nach § 241 BGB. Sie müssen berechtigt sein, von dem Baugeldempfänger, dem Schuldner, eine Leistung zu verlangen. Die Leistungen brauchen nicht in einer Geldforderung zu bestehen. Auch Leistungen anderer Art kommen hier insoweit in Frage, als eine Verpflichtung nach § 1 zur Verwendung des Baugeldes besteht (vgl. oben 100f.). Der Begriff Gläubiger wird daher im schuldrechtlichen Sinne und nicht lediglich als Baugläubiger im technischen Sinne aufzufassen sein. Es wäre sonst vom Standpunkt des Gesetzgebers nicht ersichtlich, warum er, während er in § 1 die Baugeldverwendungspflicht zur Befriedigung solcher „Personen, die usw." festsetzt, und im Abs. 1 S. 2 von Gläubigern der bezeichneten Art spricht, so daß eine Einschränkung nicht daraus zu entnehmen ist, in § 5 ausdrücklich von Baugeldempfängern und „deren Gläubigern"

spricht[1]). Voraussetzung für die Entstehung der Verpflichtung ist, daß sich der Täter gültig verpflichten kann, so daß ein Minderjähriger hinsichtlich der ohne Genehmigung seines gesetzlichen Vertreters abgeschlossenen Geschäfte (§ 108 BGB.) nicht als Gläubiger angesehen werden kann (vgl. RG. Str. 36, 357). Eine Ausdehnung dieses Gläubigerbegriffs im Wege der extensiven Interpretation dahin, daß schlechthin eine Benachteiligung der durch ihre Arbeit an der Herstellung des Baues forderungsberechtigten Personen darunter zu verstehen ist, oder die analoge Anwendung des § 5 auch auf Personen, die als gesetzliche Vertreter juristischer Personen Baugeldempfänger sind, wird, da es sich um eine Strafbestimmung handelt, (vgl. § 2 Str. G. B.; Hillig 44) gegenüber dem klaren Ausdruck des Gesetzes nicht angängig sein. Es muß eine Benachteiligung der persönlichen Gläubiger des Baugeldempfängers — es kann aber auch nur einer sein — verlangt werden. Nur durch positive Gesetzesvorschrift, wie dies in der KO. und anderen Gesetzen geschehen ist[2]), könnte eine derartige Erweiterung des Gläubigerkreises oder eine Außerachtlassung der persönlichen Beziehung erfolgen. Nur dadurch könnte dieses Erfordernis für die Täterschaft aufgehoben werden. In der vorliegenden Fassung verlangt aber der gesetzliche Tatbestand der strafbaren Baugeldverwendung Personenidentität zwischen demjenigen, der die strafbaren Deliktshandlungen vorgenommen, seine Zahlungen eingestellt oder in Konkurs geraten, und dessen Gläubiger, soweit sie zu dem im Gesetz berücksichtigten Kreis gehören, in ihrer Gesamtheit oder teilweise benachteiligt sind. Es wird wegen der Formulierung der Strafvorschrift in vielen Fällen überhaupt an einer kriminell verantwortlichen Person fehlen (vgl. Stier-Somlo 44).

B. Der subjektive Tatbestand.

a.) Neben diese objektiven Tatbestandsmerkmale und Voraussetzungen der Strafbarkeit tritt ein nicht minder schwer nachzuweisender und einschränkender subjektiver Tatbestand. Das Gesetz verlangt, daß der Baugeldempfänger vorsätzlich zum Nachteile der in § 1 Abs. 1 bezeichneten Gläubiger den Vorschriften des § 1 zuwidergehandelt hat. Daraus ergibt sich, daß nur vorsätzliche Begehung strafbar ist und eine auf Fahrlässigkeit beruhende Zuwiderhandlung ebensowenig ausreicht, als wenn er, z. B. weil ihm das Baugeld gestohlen worden ist, schuldlos die Verwendung nicht vornehmen konnte. Es gehört demnach zum Tatbestand der straf-

[1]) Die Abänderungsanträge in der Reichstagskommissionssitzung haben zwar in Bezug auf die „Schuldner, die ihre Zahlungen eingestellt haben oder über deren Vermögen der Konkurs eröffnet ist", die gleiche Fassung, wie das Gesetz. Vgl. K. B. S. 79, 87, 93. Dagegen wollte der Abänderungsantrag S. 80 eine Bestrafung dann eintreten lassen, wenn der Schuldner Baugeld zu anderen Zwecken als zur Befriedigung von Personen, die usw., verwendet hat. S. 87 wird vorgeschlagen, dann eine Bestrafung der Schuldner eintreten zu lassen, wenn sie das Vermögen von „Baugläubigern" durch zweckwidrige Verwendung geschädigt haben; vgl. auch S. 91, 93. Dag. die endgültige Fassung S. 103.

[2]) vgl. über die gleiche Frage die §§ 244 KO., 6 E. G. KO., 12 des Depotges. v. 5. 7. 1896, 83 d. R. G. über die G. m. b. H. v. 20. IV. 1892 (20. V. 1898), 112, 113 des R. G. vom 12. V. 1901 über die priv. Versicherungsgesellschaften auf Gegenseitigkeit.

baren Baugeldentfremdung in subjektiver Beziehung, daß das Bewußtsein des Täters die sämtlichen Tatbestandsmerkmale umfaßt. Da der Eintritt der Z. E. des Baugeldempfängers oder der K. E. über sein Vermögen und die eingetretene tatsächliche Benachteiligung der Baugläubiger nicht zu den Tatbestandsmerkmalen gehören, so ist in Beziehung auf diese Momente eine Schuld nicht erforderlich. Die Z. E. (K. E.), noch die zur Zeit der Z. E. (K. E.) vorliegende Benachteiligung braucht er weder beabsichtigt, noch vorausgesehen zu haben (vgl. Alsberg 716; Hagelberg 127; Stenglein § 5 Ziff. 6, S. 1022; Hillig 44; Schneider 55). Der dolus des Täters braucht sich nur darauf zu erstrecken, daß ihm die Eigenschaft als Baugeldempfänger zukommt und er Handlungen vornimmt, die eine gesetzwidrige Verwendung des Baugeldes darstellen und zu einer Benachteiligung der in § 1 Abs. 1 bezeichneten Gläubiger zu führen geeignet sind. Notwendig ist nicht, daß der Empfänger eine bestimmte Benachteiligung der Gläubiger vorausgesehen haben muß, die auch tatsächlich eingetreten ist (vgl. Hillig 44). Wollte er gerade den einen Gläubiger schädigen, erhält dieser aber durch rechtzeitige Pfändung sein Geld, werden aber durch diese Handlung andere Gläubiger geschädigt, so genügt das Bewußtsein des Täters, daß die Handlung oder Unterlassung ein Vorgehen des Gläubigers veranlassen würde und dadurch geeignet war, anderen Gläubigern Schaden zuzufügen. Auf welche Art der Benachteiligung sich der Vorsatz des Baugeldempfängers erstreckt, ist gleichgültig. In den Formen, in denen für den Gläubiger ein Nachteil entstanden ist (vgl. oben S. 188 f), kann ihnen auch in bewußter Weise ein Schaden zugefügt werden. Doch wird es ausreichend sein, daß der Empfänger nur das Bewußtsein hat, seine Handlung sei allgemein geeignet, Baugläubigern Schaden zuzufügen. Vornehmlich braucht sich auch sein Vorsatz nicht darauf zu erstrecken, daß die Benachteiligung durch seine Z. E. oder K. E. eintreten wird, jedoch muß er einen Ausfall gerade der aus ihrer Beteiligung an der Herstellung des Baues bereits entstandenen oder noch zu erwartenden (vgl. Hagelberg 127) vermögensrechtlichen Forderungen vorausgesehen haben und nicht anderer, nicht für die Verwendungspflicht in Betracht kommender Ansprüche.

Der Täter muß sich demnach bewußt sein, daß ihm auf Grund des Baugeldvertrages oder auf Grund einer besonderen gesetzlichen oder vertraglichen Berechtigung der Empfang der Geldbeträge und die Verfügung über das Baugeld zustand und seine Verwendung nach den gesetzlichen Vorschriften oblag. Da die Verpflichtung durch positives Handeln oder durch Unterlassen verletzt werden kann, muß er weiter wissen, daß er der Verpflichtung des § 1 Abs. 1 nicht nachkommt, indem er Baugeld überhaupt nicht oder zu anderen Zwecken oder an andere Personen, die nicht bevorrechtigt sind, auszahlt. Auch in einer Zahlung an Baugläubiger in Höhe eines ihnen nicht zustehenden Betrages oder in einer Entnahme von Baugeld zu eignen Zwecken oder für eigene Arbeiten liegt ein Verstoß gegen § 1. Der Täter muß das Bewußtsein haben, daß eine der gesetzlichen Ausnahmen des § 1 Abs. 1 S. 2 und Abs. 2 nicht ge-

geben ist, obwohl er Baugeld für sich behält. Eine derartige gesetzliche Verwendung oder Nichtverwendung muß ihm nicht nur als solche bewußt sein, es muß ihm ferner zum Bewußtsein gekommen sein, daß er dadurch zum Nachteil von Baugläubigern handelt. Das bedeutet eine vorsätzliche Benachteiligung der Baugläubiger. Es ist die Feststellung erforderlich, daß die Handlung des Empfängers, wie ihm bewußt geworden, die Befriedigung seiner Gläubiger vereiteln wird (vgl. Alsberg 715; Hagelsberg 126; Hillig 44: Rechtspr. 6, 708). Keineswegs verlangt das Gesetz aber eine vorsätzliche Benachteiligung in dem Sinne, daß der Baugeldempfänger gerade den Nachteil der Baugläubiger bezweckt. Der Zweck des Handelns braucht nicht ein derartig bestimmter zu sein und nicht als einziger und eigentlicher Endzweck von dem Täter verfolgt zu werden. Müßte ihm ein solcher bösartiger Wille nachgewiesen werden, so würde die Strafvorschrift in den meisten Fällen versagen. Denn er wird nicht gerade den Nachteil seiner Baugläubiger, sondern in erster Linie seinen eigenen Vorteil wollen, ohne daß die mitbedachte oder mitbezweckte Schädigung seiner Gläubiger als Zweck seiner Handlung nachzuweisen wäre (vgl. Stenglein § 5 Ziff. 6 d, S. 1052). Die Verfolgung seines eigenen Vorteils muß genügen, wenn ihm dabei nur bewußt war, daß damit zugleich ein Nachteil der Baugläubiger verbunden sein muß, und das Bewußtsein, daß er Handlungen zu seinem eigenen Vorteil vornimmt, wird das Bewußtsein der benachteiligenden Eigenschaft seiner Handlungsweise für die Baugläubiger meist in sich schließen. Auch wird aus den Umständen, der Person, zu deren Gunsten er die bestimmungswidrige Verwendung vornimmt, aus seiner eigenen Vermögens- und Geschäftslage, wie seiner Gesinnung und seinem Vorleben auf ein bewußtes Handeln zum Nachteil der Baugläubiger zu folgern sein.

Da bei strafbaren Delikten, für deren subjektiven Tatbestand ein vorsätzliches Handeln gefordert wird, allgemein der dolus directus dem dolus eventualis gleichsteht, muß auch bei der strafbaren Baugeldverwendung als genügend angesehen werden, wenn der Täter in dem Bewußtsein gehandelt hat, möglicherweise eine Schädigung der Baugläubiger herbeizuführen und er sich trotz der ihm bewußten Möglichkeit der Benachteiligung von der Verfügung über das Baugeld nicht hat abhalten lassen. Er hat bei einem derartigen Handeln den eventuellen Eintritt der Schädigung gebilligt (vgl. Alsberg 715; Stier-Somlo 38; Hillig 44). Es liegt kein Grund vor, in solchen Fällen schlechthin ein vorsätzliches Handeln zum Nachteil der Baugläubiger deshalb zu verneinen, weil in allen Fällen einer gesetzwidrigen Verwendung eine möglicherweise eintretende Benachteiligung zugegeben werden müsse, wie Hagelberg (126) ausführt. Denn neben der objektiv festzustellenden Möglichkeit muß aus den Umständen zu entnehmen sein, daß dem Täter diese Möglichkeit bewußt gewesen und er dennoch gehandelt hat. In den Fällen, in denen der Baugeldempfänger aus Gleichgültigkeit oder mangelnder Umsicht Dispositionen über das Baugeld trifft, die gegen § 1 verstoßen, wird aus der Art und dem Zweck und der Vornahme

dieser Handlungen, der Konjunktur des Marktes oft der Schluß gerechtfertigt sein, daß ihm die möglicherweise voraussehbare Benachteiligung nicht bewußt geworden ist (vgl. Stier-Somlo 38, 39). Damit entfällt ein vorsätzliches Handeln und die Strafbarkeit des Täters. Das wird jedoch kaum dann zu gelten haben, wenn er den Wunsch oder die unbestimmte Hoffnung hat, daß infolge sonstiger vorhandener oder möglicherweise zu erlangender Verwertungsobjekte, der Erwartung einer Erbschaft, einer günstigen Hausse oder infolge der Unterstützung, der Gefälligkeit von dritter Seite trotz einer Zuwiderhandlung gegen § 1 die Gläubiger keinen Schaden erleiden werden. Die begründete Aussicht jedoch, daß unter Berücksichtigung seiner Geschäftslage und Kreditwürdigkeit eine Benachteiligung seiner Gläubiger voraussichtlich nicht zu erwarten steht, wird die Annahme einer vorsätzlichen, auch einer eventuellen, Benachteiligung ausschließen, wenn diese durch unvorhersehbare Umstände, durch Streiks, Unterschlagungen seiner Angestellten, Abflauen des Geld- und Häusermarktes eintritt. Wie das Vorliegen von sonstigem ausreichenden Vermögen oder verwertbaren Befriedigungsmitteln den Schluß rechtfertigen kann, daß der Baugeldempfänger nicht vorsätzlich zum Nachteil der Gläubiger gesetzwidrig verwendet hat, so wird dasselbe gelten, wenn zu seinem Gunsten zahlungsfähige und zahlungswillige Dritte als Vertragsschuldner, Bürgen, die Befriedigung der Baugläubiger gewährleisten, oder der Verkauf des Hauses, die Aufnahme von Hypotheken oder die Bestellung einer Sicherung, die Eintragung der Bauhypothek, die Erlangung von Befriedigungsmitteln oder die Sicherstellung der Gläubigerrechte erwarten lassen. Dann wird nur zu prüfen sein, ob eine bestimmte rechtlich begründete Aussicht auf Erlangung der erforderlichen Geldmittel von dieser Seite oder auf unmittelbare Befriedigung der Gläubiger durch diese bestand und der Baugeldempfänger im Hinblick hierauf gehandelt hat. Konnte er damit rechnen, die Baugläubiger zwar nicht pünktlich, aber doch mit einiger Verzögerung vollständig zu befriedigen, so liegt keine vorsätzliche Benachteiligung vor, auch wenn er nach Fälligkeit der Bauforderungen unerwartet seine Zahlungen einstellen muß (vgl. Stier-Somlo 39; a. M. Alsberg 716). Jedenfalls muß der vertragliche Abschluß mit Personen erfolgt sein, die zahlungsfähig sind und so durch die bestimmte Aussicht auf Eingang anderweitiger Geldmittel die Vermögenslage des Baugeldempfängers als eine derart sichere erscheinen lassen, daß er aller Voraussicht nach in kurzer Zeit genügende Mittel zur Befriedigung der Baugläubiger erhalten werde. Die Umstände des einzelnen Falles werden für eine derartige Feststellung zu berücksichtigen sein. Namentlich ist darauf zu achten, ob nicht Scheingeschäfte vorliegen oder durch Abschluß anfechtbarer oder nichtiger Verträge auf die Folgerung des Nichtvorliegens des Benachteiligungsvorsatzes hingearbeitet werden sollte. Der Glauben, daß es infolge fremder Hilfe nicht zu einer Benachteiligung der Baugläubiger kommen werde, kann somit als ein den Vorsatz ausschließender und nicht nur als mildernder Umstand in Frage kommen. Der Ausschluß des Vorsatzes ist zwar nicht notwendig in diesen Fällen,

es kann Eventualdolus vorliegen. Dann könnten jedoch diese Umstände als mildernd in Betracht gezogen werden[1]).

b.) Für die Teilnahme des Anstifters oder Gehilfen an der strafbaren Baugeldentfremdung greifen in subjektiver Beziehung die allgemeinen Grundsätze ein. Anstiftung und Beihilfe sind nur dann strafbar, wenn sowohl der Täter, wie der Anstifter oder Gehilfe vorsätzlich handeln (vgl. Olshausen § 48 Anm. 6, § 49 Anm. 13). Für die Feststellung der schwereren Schuldart auf Seiten des Baugeldempfängers ist ausreichend, wenn er Zuwiderhandlungen gegen die gesetzliche Vorschrift durch seine Angestellten, Prokukuristen oder Geschäftsführer, billigt oder wissentlich duldet, wenn er auch einen Überblick über die Geschäftslage oder eine genaue Kenntnis von den Handlungen seiner Vertreter nicht hat (vgl. Hagelberg 130). Dann liegt eine vorsätzliche Zuwiderhandlung gegen § 1 vor. Ist aber ein derartiges Bewußtsein dem Baugeldempfänger nicht nachzuweisen, so liegt keine strafbare Handlung des Täters vor, und damit entfällt auch die Möglichkeit der Anstiftung oder Beihilfe. Es wird aber auch dann keine strafbare Teilnahmehandlung anzunehmen sein, wenn der Angestellte von dem Baugeldempfänger über seine finanziellen Mittel oder über die Bedeutung der einzelnen Zahlungen aus dem Baugeld getäuscht wird und auf Anweisung des Empfängers handelt. Dann wird den Gehilfen der gute Glauben, daß die vorgenommenen Dispositionen einer Befriedigung der Baugläubiger nicht entgegenstehen werden, straflos machen (vgl. Alsberg 716). Zur Erfüllung des subjektiven Tatbestandes der Anstiftung und Beihilfe genügt auch nicht, daß der Teilnehmer weiß, es wolle der Baugeldempfänger die strafbare Handlung begehen, sondern es wird vielmehr verlangt werden, daß sie den Täter mit dem Willen bestimmen oder ihm mit dem Bewußtsein Hilfe leisten, daß durch diese ihre Tätigkeit der andere zur Ausführung der betreffenden strafbaren Handlung durch das angewendete Mittel veranlaßt (vgl. Olshausen § 48 Anm. 14; RG. Str. 4; 252; 15, 315) oder die Vollbringung der von dem Täter gewollten Straftat gefördert wird (vgl. Olshausen § 49 Anm. 13; RG. Str. Bd. 16, 25; 17, 378; 32, 355). Das wird besonders zu erwägen sein, wenn eine Person, die Ehefrau, ein Sohn oder ein Dritter, als Baugeldempfänger zum Schein vorgeschoben worden ist, der jeglicher Einfluß auf die Verwendung des Baugeldes entzogen ist. Dann wird der hinter dieser stehende sog. Geschäftsführer als Alleintäter in Frage kommen (vgl Hagelberg 130). Der Vorsatz des Teilnehmers braucht aber nicht weiter zu reichen, als der des Täters und sich deshalb auch nur auf die Eigenschaft des Täters als Baugeldempfängers, da durch die Eigenschaft die konkrete Tat als gesetzwidrige Baugeldentfremdung charakterisiert wird, und auf die gesetzwidrigen Verwendungshandlungen erstrecken und dazu das Bewußtsein in sich schließen, daß diese Handlungen zur Herbeiführung einer Benachteiligung der Baugläubiger geeignet oder

[1]) vgl. übereinstimmend in Anschluß an K. B. 33 Stier-Somlo 39; Hillig 48; Schneider 56; Simon § 5 Anm. 4; Harnier § 5; a. M. Alsberg 715; Hagelberg 126, 127.

möglicherweise geeignet sind (vgl. Olshausen § 48 Anm. 14; Alsberg 717; Hillig 48). Damit erstreckt sich der Vorsatz des Teilnehmers, wie es erforderlich ist, auf die Herbeiführung oder Förderung des gesamten Tatbestandes des Delikts. In allen Fällen findet die Teilnehmerhandlung nicht statt in Beziehung auf die Z. E. oder K. E. und die tatsächlich eingetretene Benachteiligung als den vorsätzlich zu fördernden oder als den zu begünstigenden Erfolg, sondern nur bezüglich der Handlung mit der beim Baugeldempfänger vorhandenen, den Teilnehmer bekannten, auf Benachteiligung der Baugläubiger gerichteten Vorsatz.[1]) Einer strafbaren Teilnahme kann sich auch der Baugeldgeber schuldig machen, wenn er mit diesem Vorsatz auf den Baugeldempfänger einwirkt oder ihn unterstützt. Er zahlt mit Zustimmung des Baugeldempfängers Baugelder an Personen aus, die nicht Baugläubiger sind, obwohl ihm bewußt ist, daß der Empfänger über andere Mittel zur Befriedigung dieser nicht verfügt. Allerdings wird der Baugeldgeber nicht leicht einer Teilnahmehandlung zu überführen sein, da sein eigenes Interesse bei einer Zwangsversteigerung des Baugrundstücks die ordnungsmäßige Verwendung der Baugelder verlangt, damit er eine sichere Hypothek erhält. Es müßte ihm schon nachgewiesen werden, daß ihm eine besonders hohe Verzinsung zugesichert oder ein entsprechender barer Abzug gestattet worden ist. Ob aber diejenigen Personen, die Zahlungen aus dem Baugeld annehmen, sich als Teilnehmer strafbar machen können, wird zweifelhaft sein, (bejaht von Hagelberg 130, Hillig 48). Jedenfalls wird dies nicht dann anzunehmen sein, wenn sie durch den Baugeldempfänger die Bezahlung begründeter Forderungen erhalten. Es kann ihnen nicht zugemutet werden zu prüfen, ob der Baugeldempfänger Baugeld anderweit verwenden darf, weil er bereits Baugläubiger aus anderen Mitteln befriedigt hat, oder ob er einen angemessenen Abzug vom Baugeld für eigene Leistungen gemacht hat. Da für einen unbeteiligten Dritten es meist möglich sein wird, diese Ausnahmen von der gesetzlichen Verwendungspflicht als gegeben zu erachten oder nicht, wird ihm auch das Bewußtsein, daß er durch den Empfang des Geldes für seine Forderung von dem Baugeldempfänger ihm zu einer strafbaren Baugeldverwendung Beihilfe leistet, nicht nachzuweisen sein. Ganz abgesehen mag werden von seinem ernstlich begründeten Anspruch auf Zahlung, den er auch durch Pfändung des Baugeldanspruches befriedigen kann, worin jedenfalls keine Teilnahmehandlung zu sehen ist, wenn er auch dieses Zwangsmittel gerade deshalb vornimmt, um den Baugläubigern zuvorzukommen. Etwas anderes wird es jedoch sein, wenn es sich um fingierte oder unrechtmäßig hoch gesetzte Forderungen handelt und diese aus dem Baugeld im Einverständnis mit dem Baugeldempfänger und dem Empfänger der Zahlung getilgt werden, um dadurch Bau-

---

[1]) vgl. RG. Str. 16, 277; Rechtspr. 9, 549; 10, 487; Goltd. Arch. 46, 401; Stenglein § 239 KO. Ziff. 32, S. 775; Hillig 48; unrichtig Hagelberg 129, auch vom Standpunkt der herrschenden Auffassung bei den Konkursdelikten; über die seiner Ansicht zugrunde gelegte Entsch. des RG. Str. 27, 316 vgl. Stenglein a. a. O.

geld zum Schaden der Baugläubiger auf scheinbar rechtlich zulässige Weise beiseite zu schaffen.

c) Von den in den §§ 51—59 Str. G. B. enthaltenen Strafausschließungsgründen bedarf der Irrtum über das Vorhandensein von Tatumständen besonderer Beachtung. Hat der Täter oder der Teilnehmer derartige Tatumstände bei Begehung der Handlung nicht gekannt, so entfällt der Vorsatz und damit die strafrechtliche Ver antwortung des Täters oder Teilnehmers. Da sich der Vorsatz auf die Zahlungseinstellung oder Konkurseröffnung und auf die zur Zeit der Z. E. oder K. E. vorliegende Benachteiligung nicht zu erstrecken braucht, so ist ein Irrtum hierüber ohne Belang (vgl. Goltd. Arch. 47, 170). Die Unkenntnis kann sich jedoch auch auf Tatumstände erstrecken, welche zum gesetzlichen Tatbestand gehören, wie auf Umstände, welche die Eigenschaft des Täters als Baugeldempfängers begründen, oder auf die die gesetzliche Verpflichtung verletzende, zur Herbeiführung einer Benachteiligung geeignete Handlung. Zu unterscheiden wird also sein, ob der Täter oder Teilnehmer sich darüber in Irrtum befunden hat, daß der Täter Baugeldempfänger ist, oder daß er eine Zuwiderhandlung gegen § 1 begeht. Ein solcher Irrtum entschuldigt ihn nicht, da dann ein Irrtum über Begriffsmerkmale, deren Gesamtheit das Strafgesetz bildet, vorliegt (vgl. RG. Str. 20, 200), der nicht den Vorsatz ausschließt. Ist jedoch der Baugeldempfänger in Unkenntnis über die tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse, bei deren Vorliegen ihm die Baugeldempfängereigenschaft zukommt, die den Begriff des Baugeldempfängers ausmachen (vgl. RG. Rechtspr. 4, 92), so wird dadurch der Vorsatz ausgeschlossen. Als Unkenntnis von Tatumständen gilt auch der Rechtsirrtum, wenn er auf anderem als strafrechtlichem Gebiet liegt (vgl. RG. Str. 19, 253, 287; 22, 147; 23, 374). Daher wird der Irrtum über Rechtsverhältnisse des Zivilrechts (RG. Str. 10, 234 ff.), z. B. über den Inhalt des Baugeldvertrages und seine Bedeutung für den Umfang der gesetzlichen Verwendungspflicht, zu beachten sein und oft einen Strafausschließungsgrund bilden.

§ 16. Schluß. Der Zusammenhang der Verpflichtung mit den übrigen Sicherungsmitteln des Gesetzes.

Die gesetzliche Formulierung der Verwendungspflicht in den §§ 1 und 5 mindert die praktische Verwertbarkeit dieser Maßregel. Weder die Finanzierung des Bauunternehmens, noch die Befriedigung der Baugläubiger wird gewährleistet. Der Unternehmer ist nicht gezwungen, sich genügendes oder überhaupt Baugeld zu verschaffen. Er kann hypothekarisch gesicherte Geldbeträge zu allen wirtschaftlichen Zwecken aufnehmen, die mit dem Bau im losen Zusammenhange stehen, auch wenn die Verwendung zu diesen Zwecken oder zu Gunsten der Personen nicht mit dem Gesetz in Einklang steht. Die Entnahme von Baugeld für Zinsen, Provisionen, Eintragungskosten, Gebühren und sonstige Auslagen kann vertraglich in gültiger Weise vereinbart und dadurch das der Verwendung unterliegende Geld in erheblichem Maße gekürzt werden. Oder dem Darleiher

werden weitgehende Rechte zur Kündigung, Rückforderung, Zahlungsart eingeräumt, die auf die Ausübung der Verpflichtung zu Ungunsten der Baugläubiger Einfluß ausüben. Der Baugeldgeber selbst kann die Verwendungsbefugnis sich vorbehalten, wodurch überhaupt die Bestimmung des § 1 ausscheidet. Der Abschluß und der Inhalt des Baugeldvertrages, der für die Entstehung und den Umfang der Verpflichtung bestimmend ist, untersteht nicht der gesetzlichen Pflicht. Ferner bilden die gesetzmäßigen Ausnahmen für den Baugeldempfänger ein Privileg, das ihn ermächtigt, Baugeld für sich zu behalten und zu verwenden, auch wenn seine sonstigen Mittel zur Befriedigung der Baugläubiger völlig unzureichend sind. Dazu kommt die rechtliche Kompliziertheit der Vorschrift. Auch die Bestimmung des § 5 muß in zahlreichen Fällen versagen. Die Formulierung des Tatbestandes ist auch unter Berücksichtigung der für den Eintritt der Strafe erforderlichen Bedingungen und der zur Erreichung des Strafzweckes gebotenen Grenzen zu eng und verwickelt, um den notwendigen Druck auf den Baugeldempfänger und seine Komplizen auszuüben, oder um die ausreichende Gewähr gegen die Umgehung des Gesetzes und die Straffreiheit zu bieten. Ein vorsätzliches Zuwiderhandeln des Empfängers wird oft nicht festgestellt werden können.

Um so mehr wird der Zusammenhang der übrigen Sicherungsmittel des Gesetzes zu beachten sein, die teils der Durchführung und Kontrollierung der Pflicht zu dienen bestimmt sind, teils ihre wirtschaftliche Ergänzung bilden sollen.

Verschieden sind die Mittel, die das Gesetz zur Erreichung seines Zieles in seinen beiden Abschnitten gibt, verschieden ist die Richtung, in der sich die Maßnahmen des Gesetzes bewegen, verschieden sind endlich die Personen, an die es seine Gebote richtet. Während die Eintragung des der Herbeiführung der dinglichen Sicherung dienenden Bauvermerks von Amts wegen auf Ersuchen der Baupolizeibehörde erfolgt, wird die Pflicht zur Verwendung des Baugeldes dem Empfänger auferlegt, die Pflicht zur Führung des Baubuchs dem Baugewerbetreibenden oder dem Baugeldempfänger, sofern diese die Herstellung eines Neubaues (§ 2 Abs. 2) oder eines Umbaues (§ 3) unternehmen, und die Anschlagspflicht dem Bauleiter, ohne daß auf die Einhaltung dieser Verpflichtungen den Behörden ein Einfluß eingeräumt ist oder sie behördlich geregelt werden. Der Baugeldempfänger, der Unternehmer und Bauleiter können zwar identisch sein, doch können diese Eigenschaften auch verschiedenen Personen zustehen.

Die Verpflichtung zur Führung eines Baubuchs ist zu dem Zweck geschaffen worden, um dem Unternehmer selbst den notwendigen Überblick über die wirtschaftlichen und rechtlichen Verhältnisse seines Baues, über die eingegangenen Verbindlichkeiten und deren Erfüllung, über das erhaltene und verwendete Baugeld und dergl. zu ermöglichen und ihn zu der erforderlichen Geschäftsordnung anzuhalten. Andererseits soll den Baubeteiligten die Übersicht über die das Baugrundstück betreffenden Kreditverhältnisse, vor allem eine Kontrolle über die Verwendung der Baugelder er-

leichtert werden. Der Zusammenhang der Buchführungspflicht mit der Bauverwendungspflicht ist hiernach offensichtlich der, daß jene die ordnungsmäßige Durchführung der letzteren unterstützen soll, zumal Zuwiderhandlungen gegen § 1 unter strenge Strafe gestellt sind und die Durchführung der verwickelten Baugeldverwendung auch bei großer Geschäftsgewandtheit nicht ohne schriftliche Aufzeichnungen ordnungsmäßig einzuhalten ist.

Der Charakter der Anschlagspflicht besteht darin, daß den am Bau beteiligten Personen, namentlich den Nachmännern, eine Handhabe gegeben werden soll festzustellen, mit wem sie zu tun haben. Dadurch wird ihnen die Möglichkeit gewährt, auch denjenigen zu ermitteln, der als Buchführungspflichtiger in Betracht kommt, wodurch sie in die Lage versetzt sind, auch die Person des Baugeldempfängers zu bestimmen.

Von Wichtigkeit ist das Verhältnis der Baugeldverwendung zu der dinglichen Sicherung der Bauforderungen. Die dingliche Sicherung tritt natürlich nur dann ein, wenn trotz der Verwendung der Baugelder zu Gunsten der Baugläubiger Bauforderungen nicht getilgt worden sind. Bei dem Charakter der allgemeinen Sicherungsmaßregeln, namentlich der Baugeldverwendung, sind die Sicherungsarten des Gesetzes nicht nebeneinander gestellt und sofort in Kraft gesetzt, sondern die Geltung der Vorschriften über die dingliche Sicherung ist von dem Erlaß landesherrlicher Verordnung abhängig gemacht worden, durch die der 2. Abschnitt in einzelnen Gemeinden zur Sicherung der Bauforderungen im Falle eines Neubaues eingeführt werden muß. Man wollte durch die sofort gültigen vorbeugenden Mittel des 1. Abschnittes eine ausreichende Gesundung der Verhältnisse im Bauwesen herbeizuführen versuchen, um nicht oder in nicht mehr so großem Umfange den 2. Abschnitt in Kraft setzen zu müssen. Denn bei der Eintragung eines Bauvermerks, an dessen Stelle eine ihrer Höhe nach nicht bestimmte Bauhypothek treten soll, war man sich klar, daß die Geltung des 2. Abschnittes eine tiefeinschneidende Veränderung in den wirtschaftlichen Verhältnissen des gesamten Bau- und Baukreditwesens zur Folge haben und vor allem die an der Errichtung von Bauten beteiligten Kreise der Grundbesitzer und Geldgeber empfindlich treffen wird. Durch die schwebende Geltung des 2. Abschnittes erhielt dieser daher den Charakter einer Rute, mit der gedroht wird (vgl. K. B. S. 26).

Diese Zweiteilung des Gesetzes und die nach dem Inhalt der Sicherungsmittel tiefgehende Differenzierung hebt den organischen Zusammenhang des Gesetzes auf. Der Standpunkt des Gesetzes hat aber weder etwas Berechtigtes, noch ist er damit zu verteidigen, daß die sofortige Geltung des ganzen Gesetzes eine tiefeingreifende Umwälzung im Bauwesen herbeiführen, die Bautätigkeit hemmen und dadurch den Bauhandwerkern noch größeren Schaden zufügen könnte. Die Zweckverfolgung der gesetzgeberischen Lösung, die zunächst den wirtschaftlichen, erst in zweiter Linie den rechtlichen Ursachen des Notstandes im Baugewerbe entgegentreten wollte, veranlaßte diese Stellungnahme des Gesetzgebers. Dadurch sollte erreicht werden, daß die Baugelder, deren Aufnahme bei unserer

heutigen Häuserproduktion gewöhnlich und notwendig ist, zur Befriedigung der Baugläubiger verwendet werden und dadurch ein großer Teil der Bauforderungen getilgt werden sollte. Damit wird zwar der einen Ursache der Verluste der Bauhandwerker, der schlechten Finanzierung des Bauunternehmens und der unehrlichen Gesinnung des Unternehmers, entgegengetreten, nicht aber der gewöhnlichen Überbelastung des Baugrundstücks mit der Kaufpreis- und Baugeldhypothek und dem Grundsatz des geltenden Grundbuchrechts, der die dem Grundstück eingefügten Sachen zu dessen Bestandteilen werden und damit sein rechtliches Schicksal teilen läßt. Gerade das Zusammenwirken dieser beiden Gründe, die Ausnutzung des geltenden Rechts durch ein moralisch verkommenes Bauunternehmertum und durch gewissenlose Terrainspekulanten, zeitigte die schweren Mißstände im Bauwesen. Hiergegen kann die Baugeldverwendungspflicht in Verbindung mit der Buchführungs- und Anschlagspflicht allein kein genügendes Sicherungsmittel bilden. Es war die Begründung der Haftung des Baugrundstücks, dem durch die Leistungen der Baugläubiger der Mehrwert zugeführt wird, erforderlich und gerechtfertigt. Erst hierdurch wird in Ergänzung der Baugeldverwendungspflicht ein segensreicher Einfluß auf die Bautätigkeit herbeigeführt werden.